This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

Digitized by Google

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5324694384

Digitized by Google

IV-1
100
D53490

Digitized by Google

8-5-16

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO U. C.

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des Guelphen-Ordens und des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Zwei und vierzigster Theil.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlang.

1841.

Digitized by Google

22908
10/01 67 1

b23263490

Digitized by Google

In unserm Verlage sind folgende Schriften erschienen und durch jede solide Buchhandlung zu beziehen:

Bensen, Heinr., System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten. 2te verb. Ausg. 1r Th. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. oder 2 fl.

— — 2r Th., von J. P. Harl umgearbeitet, die Polizeiwissenschaft enth. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte. 2 Theile. gr. 8. 2 Rthlr. 20 gr. od. 4 fl. 15 kr.

Der 2te Theil auch unter dem Titel:

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten. gr. 8. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.

— — Materialien zur Polizei- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende practische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bdn., von Heinr. Bensen. gr. 8. Jeder Band in 3 Heften complet 5 Rthlr. 6 gr. od. 8 fl. 15 kr.

— — über das Studium der sogenannten Kameral-Wissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 16 gr. od. 1 fl.

Feuerbach, Dr. E. A., die Lex Salica und ihre verschiedenen Recensionen. Ein historisch-kritischer Versuch auf dem Gebiete des germanischen Rechts. gr. 8. 1 Rthlr. 4 gr. od. 1 fl. 45 kr.

Gönner, Nic. Thad., Entwickl. des Begr. u. der rechtl. Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten. gr. 8. 14 gr. od. 54 kr.

— — Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, zweite verb. Aufl. 4 Bde. gr. 8. 8 Rthlr. 8 gr. od. 12 fl. 30 kr.

— — Commentar über das Königl. Bayer. Gesetz vom 22. Juli 1819; einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

Harl, J. P., vollständiges Handbuch der Polizeiwissenschaft, ihrer Hülfsquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste

Digitized by Google

Gesetzgebung und Literatur der Polizei. (M. sehe Bensen.) gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

Hunger, Dr. J. F., das römische Erbrecht. gr. 8. 2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.

Kleinschrod, Gal. Alo., Abhandlung von dem Wilddiebstahle, dessen Geschichte, Strafe und Gerichtsstand. gr. 8. 8 gr. od. 30 kr.

— — systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3 Theile, 3te verm. Ausgabe. gr. 8. 3 Rthlr. od. 4 fl. 30 kr.

— — Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und dem peinlichen Prozesse. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 5 fl. 30 kr.

Kraft, Seb. Ad., juristisch-praktisches Wörterbuch, neue ganz umgeänderte Ausg. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.

Moritz, Dr. H. A., Real-Commentar zu dem K. B. Gesetze vom 17. Nov. 1837 einige Verbesserungen der Gerichts-Ordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten betreffend. Nebst einem Anhange bezüglich des K. B. Präjudicien-Gesetzes v. J. 1837. gr. 8. 3 Rthlr. 8 gr. od. 5 fl. 24 kr.

Puchta, Dr. W. H., Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. 1r Band. gr. 8. 2 Rthlr. 4 gr. od. 3 fl. 15 kr.

Dessen 2r Band. gr. 8. 2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.

— — der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter. 2 Theile. gr. 8. 5 Rthlr. od. 7 fl. 30 kr.

— — Anleitung zur Civilprozeß-Praxis in Bayern — nach dem Gesetz vom 17. November 1837. — Mit Formularien. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.

— Dr. G. F., das Gewohnheitsrecht. 2 Theile. gr. 8. 2 Rthlr. 12 gr. od. 3 fl. 45 kr.

Schelling, Dr. P. H. J., de Judiciis Civilis Natura Dissertatio. 4. 4 gr. od. 18 kr.

Erlangen im November 1841.

Palm'sche Verlags-Buchhandlung.

Digitized by Google

Lib. XXIX. Tit. I.

De testamento militis.

Inst. Lib. II. Tit. 11. *de militari testamento.* — Cod. Lib. VI. Tit. 21. *de testamento militis.*

§ 1473.

Einleitung. — Privilegirte Testamente. — Gehört dahin das s. g. testamentum posterius imperfectum?

In diesem Titel wird die Rede seyn von derjenigen Klasse irregulärer Privat-Testamente, welche man die privilegirten zu nennen pflegt, weil sie von den positivrechtlichen Solemnitäten ganz oder zum Theil entbunden sind [1]). Zwar ist für eine Art derselben, das s. g. testamentum parentum inter liberos, einiges angeordnet, dessen Beobachtung bei anderen Testamenten nicht nöthig ist; im Ganzen sind aber auch hier die regelmäßigen Erfordernisse vermindert, wodurch die Anwendung der obigen Bezeichnung auf dies Testament hinreichend gerechtfertigt erscheint.

Von den privilegirten Testamenten ist das vorzüglichste, und zuerst zu erörtern, das militärische. Es ist das älteste, und das Privilegium nach Röm. Recht durch-

1) S. Bd. 34. d. Comment. §. 1408. b. S. 186. fg.

Digitized by Google

aus vollständig, sowohl hinsichtlich der äusseren Form, als der s. g. solemnitates internae, wenn man nämlich von den Erfordernissen der activen und passiven Testamentifactio absieht. In den Digesten und den übrigen der angeführten Röm. Rechtsquellen ist auch von diesem allein die Rede. Die übrigen sind sämmtlich späteren Ursprungs, und folgen in historischer Ordnung so auf einander: das s. g. testamentum tempore pestis conditum, aufgekommen unter Diocletian und Maximan (§. 1485), das s. g. testamentum rusticanorum oder rure conditum, von Justinian eingeführt (§. 1484), das testamentum parentum inter liberos, in seiner ausgebildeten Gestalt ebenfalls eine Schöpfung Justinians (§. 1480. sqq.), das testamentum ad pias causas, welches seinen Ursprung im canonischen Recht hat (§. 1479). Nur das bisweilen unter den privilegirten Testamenten aufgeführte s. g. testamentum posterius imperfectum [2]) gehört noch der classischen Zeit an. Da es indessen sehr zweifelhaft ist, ob man die hier gemeinte Disposition ein Testament im eigentlichen und engeren Sinne (s. Bd. 33. d. Commentars S. 324) nennen könne, da ferner es von Hellfeld in diesem Titel nicht erwähnt wird, endlich auch davon schon ausführlich an einem andern Orte d. Comment. gehandelt ist [3]), so daß hier nur noch einige Nachträge gegeben werden dürfen: so scheint es angemessen, was darüber noch zu sagen ist, an dieser Stelle einzuschalten.

2) S. z. B. Hartitzsch Erbrecht §. 409. Mein Lehrb. Bd. III. §. 697. Nr. 3. d. a. A. Rathirt das testamentarische Erbrecht bei den Römern und in der Anwendung auf unsere Zeit. Bd. I. Heidelb. 1840. §. 88.

3) Bd. 38. §. 1430. S. 364—402.

Digitized by Google

Unter einem testamentum posterius imperfectum nun versteht man ein solches, worin die in einem früher errichteten rechtsgiltigen Testamente übergangenen oder gehörig ausgeschlossenen Intestaterben eingesetzt sind. Schon Ulpian sagt mit klaren Worten, daß durch ein solches Testament das frühere aufgehoben werde („et posteriore non perfecto superius rumpitur“) [4]). Der Jurist nun versteht unter dem test. non perfectum das nur nach prätorischem Recht giltige. Aus einem solchen erhielte der eingesetzte Erbe zwar eine secundum tabulas bonorum possessio; allein diese war nicht immer wirksam, oder cum re, — sie war es namentlich alsdann nicht, wenn bereits ein nach Civilrecht giltiges Testament vorlag [5]), mit anderen Worten: ein nur prätorisch giltiges Testament zerstörte das civilrechtliche nicht. So wie es davon aber überhaupt Ausnahmen gab [6]), so wurde auch zu Gunsten der Intestaterben eine Ausnahme zugelassen, welche Beides, den Willen des Gesetzes und den des Erblassers, für sich hatten; ihnen wurde wider die hereditatis petitio derjenigen, welche diesen Willen gegen sich hatten, eine doli exceptio (also, wenn sie selbst klagten, wider deren exceptio eine replica) gegeben [7]). Als aber ein vor sieben Zeugen

4) L. 2. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (XXXVIII. 3).

5) Gajus inst. II. §. 148. 149.

6) S. z. B. L. 11. §. 2. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11).

7) arg. L. 1. §. 8. in f. D. *si tabulae test. nullae.* (XXXVIII. 6.) L. 4. §. 10. D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4). — Roßhirt (testamentar. Erbr. §. 88. Not. 3.) verweist zwar auf die von mir gegebene Erklä-

Digitized by Google

errichtetes Testament für ein civilrechtlich giltiges erklärt würde[8]), und als dies allmählig auch auf schriftliche Testamente angewandt wurde, welche ohne die Mancipationsform errichtet waren[9]), da mußte entweder jenes Privilegium der Intestaterben ganz wegfallen, oder der Begriff eines testamentum posterius imperfectum anders bestimmt werden. Letzteres geschah durch eine Constitution von Theodos II., worin geordnet wurde: zu einer solchen Disposition sollten quinque testium juratorum depositiones genügen[10]); es wurde also

rung der L. 2. D. *de injusto* etc., meint indessen, dieselbe sei viel zu künstlich; er glaube vielmehr, daß in einem solchen Falle die Intestaterben die exceptio doli gehabt, oder sich gegen die exceptio testamenti mit der replica doli hätten helfen können. Das ist ja eben auch meine Meinung; nur behaupte ich, daß nicht Jedem, welcher den Willen des Testirers für sich hatte, dieses Recht zustand, mit andern Worten, daß die Bonorum possessio secundum tabulas, welche der Erbe aus einem nur nach prätorischem Recht giltigen Testamente erhielte, nicht immer cum re war. Diese Behauptung aber wird vollständig durch Gajus II. §. 148. 149. u. durch andere Stellen (z. B. L. 1. §. 8. D. *si tab. test.*) erwiesen.

8) L. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (VI. 11). — Roßhirt a. a. O. meint, daß diese Constitution (ein Rescript Gordian's) gar nicht hieher gehöre. Allerdings steht es aber mit unserem Gegenstande in sehr genauer Verbindung; seit der Zeit war jedes vor 7 Zeugen mündlich erklärtes Testament ein test. perfectum, folglich war es kein Privilegium mehr für die darin eingesetzten Intestaterben, daß dadurch ein früheres Testament aufgehoben wurde.

9) Das Nähere hierüber s. Bd. 38. d. Comment. S. 373—375.

10) Nov. Theod. II. Tit. XVI. §. 7. (Jus civ. antejust.

Digitized by Google

die Codicillarform des neueren Rechts hierauf angewandt [11]).

Ist nun die Disposition eine mündliche, so wird natürlich erfordert werden müssen, daß die Willenserklärung in einer den Zeugen verständlichen Sprache erfolgt sei; die schriftliche Disposition erfordert dagegen Unterschrift der Zeugen. Dies ist indessen neuerdings geläugnet. Diese Disposition, sagt unser Gegner, ist „eine eigene Art von Testament, weil die Zeugen nicht zu unterschreiben brauchen, auch nicht ein Codizill, eben weil die Zeugen sonst unterschreiben müßten und weil die Disposition auch ohne mündliche Eröffnung des näheren Inhalts, z. B. der darin festgesetzten Erbschaftsquoten, giltig ist" [12]). In einer dazu gehörigen Note findet sich auch noch ein Widerspruch gegen die im Commentar enthaltene Bemerkung, daß Justinian in der Nov. 73. die Beobachtung der Zeugenunterschriften bei allen Urkunden eingeschärft habe. Muß man nun auch zugeben, daß jene Bemerkung etwas zu positiv ausgedrückt ist, so kommt

ed. Berol. T. II. p. 1252. sq.) Im Justinianischen Codex: L. 21. §. 5. C. *de testam.* (VI. 23).

11) S. Bd. 38. d. Comment. S. 375—377. — Darüber, daß die Vereidigung der Zeugen nicht zur Form der Disposition gehöre, sondern durch den Ausdruck: quinque testium juratorum depositiones nur auf die Verpflichtung der Zeugen hingewiesen wird, auf Verlangen ein eidliches Zeugniß über den Rechtsact abzulegen, s. den Commentar a. a. O. S. 395—400; gegen Marezoll (in Grolman's u. Lehr's Mag. IV. S. 173. fg. Nr. 4.) u. A. Gebilligt wird meine Ansicht von Roßhirt a. a. O Not. 1.

12) Roßhirt a. a. O.

Digitized by Google

dies doch hier nicht in Betracht. Die Richtigkeit der Annahme, daß bei einem schriftlich errichteten test. posterius imperfectum die Zeugen unterschreiben müssen, beruht auf näher liegenden und haltbareren Gründen.

Schon von den classischen Juristen wird die Schrift der Zeugen als ein nothwendiges Erforderniß schriftlicher Testamente erwähnt[13]). Wir können es hier dahin gestellt seyn lassen, ob damit eine eigentliche Unterschrift, oder eine superscriptio (adscriptio, adnotatio) bei den der Aussenseite des Testaments aufgedrückten Siegeln gemeint sei[14]), — genug, unter den christlichen Kaisern finden wir die Unterschrift der Zeugen als unerläßliche Bedingung schriftlicher Testamente anerkannt. So bestimmt der Kaiser Theodos II. (in eben der Constitution, worin von dem testamentum posterius imperfectum die Rede ist): „non subscriptum a testibus atque signatum — testamentum pro imperfecto haberi convenit; ex imperfecto autem testamento voluntatem teneri defuncti, *nisi inter solos liberos habeatur*, non volumus“[15]). Zwar heißt es weiter unten, daß auch ein test. non jure consummatum oder imperfectum ein früheres rumpire, wenn in jenem die Intestaterben eingesetzt seien (§. 7); allein da der Kaiser ausdrücklich noch die Zuziehung von 5 Zeugen erfordert, so ist es klar, daß hier nicht ein test. imperfectum der Art gemeint war, wie das zuerst erwähnte. Und wie hätte er sonst auch sagen können: ein von den

13) L. 22. §. 4. L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1).

14) Vgl. über diese Frage v. Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. II. S. 183—185. (od. §. 67. S. 190—193. d. 2. A.) Bd. 34. d. Comment. S. 420—467.

15) Nov. Theodos. XVI. §. 5.

Digitized by Google

Zeugen nicht unterschriebenes und besiegeltes Testament solle nur als testamentum parentum inter liberos Wirkungen haben? Ja, aus dieser in demselben Gesetze enthaltenen Bestimmung ergiebt sich schon mit logischer Nothwendigkeit, daß in allen übrigen Fällen, wo Zeugen beim Testamentsact concurriren, deren Unterschrift unerläßliche Bedingung der Giltigkeit des Acts ist. Wollte man hierauf etwa erwiedern, daß mit der Logik der Gesetzgeber aus diesem Zeitalter es eben nicht sehr genau zu nehmen sei, und daher am wenigsten auf die, ohnehin nur mit großer Vorsicht anzuwendenden, argumenta a contrario ein besonderes Gewicht gelegt werden dürfe: so beruht ja unser Beweis keineswegs hierauf allein. — Der Kaiser befiehlt die Zuziehung von 5 Zeugen. So gut nun ausser Frage ist, daß darunter gehörig qualifizirte Testamentszeugen gemeint seien, eben so wenig läßt sich bezweifeln, daß, beim Stillschweigen des Gesetzes hierüber, von ihnen das zu beobachten ist, was sonst von Testamentszeugen verlangt wird. Wenn feststeht, daß zu einem schriftlichen testamentum perfectum die Unterschrift von sieben Zeugen gehöre, und der Testirer bei gewissen Testamenten die Zuziehung von fünf Zeugen für hinreichend erklärt, so muß im Zweifel angenommen werden, daß nur die regelmäßig erforderliche Anzahl gemindert, von dem aber, was ausserdem erfordert wird, nichts nachgelassen sei. Hier kommt aber noch hinzu, daß als Regel für alle und jede schriftlich abgefaßte letztwillige Verfügungen die Zeugenunterschriften angeordnet sind. Darüber äussert sich eine unter dem Namen von Theodos II. in den Justinianischen Codex aufgenommene Constitution also: „In *omni autem ultima voluntate*, excepto testamento, quinque te-

Digitized by Google

stes — — debent adhiberi — —; *testibus* videlicet, *quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus*“ [16]). Also: jede letztwillige Disposition (wobei überhaupt Zeugen zuzuziehen sind) erfordert wenigstens fünf Zeugen (dies wollen die Worte excepto testamento sagen), und diese müssen, falls die Verfügung schriftlich abgefaßt ist, unterschreiben. Ob Justinians Compilatoren dies hinzufügten, oder ob sie es schon in dem Gesetz von Theodos ausgedrückt fanden [17]), ist hier gleichgiltig; genug, diese Vorschrift kündigt sich als eine allgemein geltende an, und als solche müssen wir sie auch anwenden, wenn nicht besondere Ausnahmen nachgewiesen werden können. Hiernach erscheint denn auch die Frage: ob man sagen könne: Theodos habe auf sein testamentum posterius imperfectum die Codicillarform angewandt? als eine ganz müssige. Nur beiläufig (denn die nähere Erörterung kann erst im siebenten Titel dieses Buchs erfolgen) mag hierüber Folgendes bemerkt seyn. Nach neueren Untersuchungen soll es erst unter Justinian, und zwar durch Interpolation einer Verordnung von Theodos, festgestellt seyn, daß zu Codicillen 5 Zeugen genügen [18]). Als

16) L. ult. §. 3. C. *de codicill.* (VI. 36).

17) Nach der subscriptio L. ult. C. *de codicill.* liegt hier die L. ult. Th. Cod. *de test. et codicill.* (IV. 4.) zu Grunde. Diese weiß freilich, auch in der vollständigeren Gestalt, in welcher wir sie jetzt durch Hänel kennen (s. Stieber in der praefat. ad T. H. opusculor. *Hauboldi* p. CLI. sq.) von der Unterschrift der Zeugen nichts. Vgl. auch die folgenden Noten 79—81.

18) S. Danz über die äussere Form der Codicille (in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. Bd. IX. Abs. VIII.) §. 1. 2.

Digitized by Google

Beweis dafür wird angeführt, daß auch die jetzt vollständiger bekannte Theodosische Constitution (L. 7. Cod. Theod. *de test. et codic.* IV. 7.) jene Bestimmung wegen der Unterschrift nicht hat, sondern nur sagt: man möge nach prätorischem oder nach Civilrecht testiren, oder ein Codicill errichten: immer sei die Giltigkeit des letzten Willens dadurch bedingt, daß 7 oder 5 Zeugen zugezogen werden. Darin findet man nämlich nur das ausgedrückt, was schon Constantin vorschrieb: bei Intestatcodicillen müsse entweder die prätorische oder die civile Testamentsform beobachtet werden [19]). Dagegen liesse sich nun wohl noch Manches erinnern: besitzen wir denn jetzt die Theodosische Constitution ganz vollständig? [20]); ferner: ist es nicht möglich, daß die Compilatoren bei der Zusammensetzung der L. ult. C. *de codicillis* auch noch eine andere Constitution von Theodos benutzten, oder doch einen zur Zeit dieses Kaisers schon geltenden und sonst von ihm anerkannten Rechtssatz mit aufnahmen? Letzteres wird sogar nicht unwahrscheinlich, wenn wir Folgendes erwägen: Theodos sagt, es solle das testamentum posterius imperfectum *quasi voluntas ultima intestati* gelten; auf ähnliche Art aber bezeichnen schon die juristischen Classiker die Intestatcodicille [21]). Durch die Wahl jenes Ausdrucks wird also die Voraussetzung sehr gut gerechtfertigt, daß der Kaiser hierbei an Codicille und die Codicillarform dachte. Gesetzt aber, es liesse sich mit Bestimmtheit darthun, daß dies nicht der

19) L. 1. Th. C. *de testam. et codic.* (darüber: Bd. 38. d. Comment. S. 375. fg.) — Danz a. a. O. S. 224. fg.

20) Vgl. Stieber l. l. — — „mihi — nonnulla deesse videntur".

21) L. 8. §. 1. L. 16. D. *de jure codic.*

Digitized by Google

Fall sei, — unsere Ansicht würde darum nicht weniger feststehen: jede letztwillige Verfügung, die schriftlich abgefaßt wird, erfordert die Unterschrift von Zeugen; mit welchem besonderen Namen man nun auch das test. posterius imperfectum bezeichnen möge, — den Namen einer ultima voluntas wird man ihm doch wohl nicht streitig machen wollen! — Diese Gründe werden hoffentlich die ganz unmotivirte Behauptung aufwiegen: „es sei das test. post. imperf. eine eigne Art von Testament, weil die Zeugen nicht zu unterschreiben brauchten", und „es sei auch kein Codicill, eben weil die Zeugen sonst unterschreiben müßten"; ein solches Argument (denn dies soll es doch wohl seyn) ist gewiß weder geeignet darzuthun, daß das test. posterius kein Codicill sei, noch, wenn man dies auch zugiebt, daß es deshalb, weil es kein Codicill ist, der Zeugen-Unterschrift dabei nicht bedürfe. Eben so wenig wissen wir aus dem hinzugefügten Grunde etwas zu machen: „und weil die Disposition auch ohne mündliche Eröffnung des näheren Inhalts giltig sei". Ist es denn etwa bei Codicillen allemal erforderlich, daß die Zeugen mit deren Inhalt bekannt seien? doch wohl nur bei mündlichen Codicillen [22]), also wenn das test. posterius imperfectum mündlich errichtet wird, auch bei diesem. Was ferner hier die Erwähnung der Erbtheile soll (S. 5), und weshalb es als ein un-

22) Daß eine Zeit lang angenommen worden sei, auch mit dem Inhalte des schriftlichen Testaments müßten die Zeugen bekannt gemacht werden, läßt sich aus Nov. Theodos. XVI. §. 1. schliessen. (Vgl. Bd. 38. d. Comment. S. 374. u. die das. Not. 8. angef. Schr.). Wäre dies aber auch geltendes Recht geblieben, so müßte es ja in gleicher Weise auch für das testamentum posterius imperf. gelten.

Digitized by Google

terscheidendes Merkmal des test. posterius imperf. von den Codicillen aufgezeichnet wird, daß bei dem letzteren die Angabe der Erbschaftsquoten nicht erforderlich sind? davon läßt sich ebenfalls kein Grund einsehen. Gerade in bloßen Intestatcodicillen wird die Bestimmung von Erbschaftsquoten für die Intestaterben direct keine Wirkung haben können. Angenommen z. B., Jemand setzt seine nächsten Intestaterben in einem nur vor 5 Zeugen errichteten letzten Willen zu Erben ein, so kann die Erbeinsetzung überhaupt nur bestehen, wenn die Absicht des Testirers, es solle das Testament jedenfalls als Codicill gelten, zweifellos, oder, wie wir sagen, wenn die Codicillarclausel hinzugefügt ist, und auch in diesem Falle blos in der Art, daß alle gleichberechtigte Intestaterben als *Erben* zu gleichen Theilen erscheinen, was Einem aber vor dem Anderen zugewandt ist, diesem nur als Fideicommiß gebührt, d. h. nach Abzug der Quarte für diejenigen, welche mit geringeren Quoten bedacht sind[23]). Ohne Hinzufügung der Clausel aber würde das Testament eben so wirkungslos seyn, wie wenn dritte Personen in demselben eingesetzt wären[24]). Nur als test.

23) L. 2. D. *de jure codicill.* — Vgl. L. 3. pr, *eod.* (— „paterfamilias, qui — codicillos facit, perinde haberi debet, ac si omnes heredes ejus essent, ad quos legitima ejus hereditas — — perventura esset".) L. 8. §. 1. L. 10. D. *eod.*

24) L. 1. L. 13. §. 1. D. *eod.* — Soll die Disposition überhaupt nichts anderes seyn als ein Codicill, so bedarf es freilich der Clausel nicht. Dies ist quaestio facti und häufig aus dem Inhalte der Verfügung zu erkennen (L. 13. §. 1. cit. *verb.* „Voluntatis autem quaestio" etc.) Die Bestimmung z. B.: meinen Erben trage ich das und

Digitized by Google

posterius imperfectum, also wenn bereits ein Testament vorhanden ist, worin aber die Intestaterben übergangen oder ausgeschlossen sind, würde eine solche Verfügung auch ohne die Codicillarclausel gelten. — Dies führt indessen zu einer anderen Frage, nämlich zu der: ob das test. posterius imperf. überhaupt als wahres Testament zu betrachten sei? Auch diese Frage ist bereits an einem anderen Orte erörtert[25]; eine kurze Zusammenstellung der für die dort vertheidigte Ansicht vorgetragenen Gründe, in Verbindung mit einigen nachträglichen Bemerkungen wird jedoch hier nicht fehlen dürfen.

Vielfach wird angenommen: das test. posterius imperfectum sei kein wahres Testament, wie andere privilegirte Testamente, sondern ein bloßer Intestatcodicill[26]. Allerdings hat diese Ansicht den Buchstaben der Theodosischen Verordnung für sich („*quasi voluntatem ultimam intestati* valere sancimus"); auch wurde oben bemerkt, daß dieser Ausdruck absichtlich gewählt scheine, um dadurch anzudeuten: so gut ein In-

das auf — gilt von selbst als bloßer Codicill (L. 3. pr. D. *de jure cod.*), selbst nach neuerem Rechte; wogegen seitdem es zu Erbeinsetzungen keiner bestimmten Form mehr bedarf, die Erklärung: „von meinen nächsten Verwandten soll A. $\frac{1}{2}$. B. $\frac{1}{3}$. C. $\frac{1}{6}$ meines Nachlasses erhalten" —, jetzt wohl als wahre Erbeinsetzung anzusehen ist. S. Bd. 38. d. Comment. S. 342. fg.

25) Bd. 38. d. Comment. S. 378 — 395.

26) Den Bd. 38. d. Comment. S. 378. Not. 19. genannten Schriftstellern sind noch beizufügen: Thibaut. Pand. §. 849. u. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilr. (herausgeg. von Erxleben) Bd. III. Abth. II. §. 893. S. 280.

Digitized by Google

testatcodicill als stillschweigende Erbeinsetzung der Intestaterben ohne Beobachtung der regelmäßigen Testamentsform gilt, eben so gut soll auch die ausdrückliche Erbeinsetzung der früher ausgeschlossenen Intestaterben von der gewöhnlichen Form entbunden seyn. Aber mehr als dies darf man hieraus nicht folgern. Schon die Worte der Constitution sind dagegen. Der Kaiser sagt: wenn in einem früheren Testamente extranei heredes eingesetzt sind, der Testator aber in einem folgenden seine Intestaterben einsetzen will (— „eos *scribere instituit*, qui ab intestato — vocentur"), so soll dies in einem testamentum imperfectum geschehen können [27]). Also von wahrer Erbeinsetzung ist hier die Rede; diese aber kann in bloßen Codicillen nicht erfolgen [28]). Es heißt ferner: durch einen solchen letzten Willen werde das frühere Testament aufgehoben; nun ist aber ausgemacht, daß durch Codicille frühere vollgiltige Testamente nicht vernichtet werden [29]), sondern nur durch ein neues vollständiges Testament. Davon giebt es Ausnahmen. Allein die Art und Weise, wie sich hierüber die Quellen äussern, ergiebt zur Genüge, daß hierbei nicht an bloße Codicille gedacht ist, sondern an der Form nach unvollständige Testamente, welche im Uebrigen die Bedeutung und Wirkung wahrer Testamente haben. So sagt Ulpian (in der L. 2. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.*): „Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius jure perfectum est, nisi forte posterius *vel jure militari sit factum*, vel *in eo scriptus*

27) L. 21. §. 3. C. *de testam.*

28) L. 10. D. *de jure codic.* L. 2. u. 7. C. *de codic.*

29) §. 2. J. *de codic.*

Digitized by Google

est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur". Nicht nur wird hier das test. posterius als Testament bezeichnet, sondern auch mit dem militare testamentum, — das doch gewiß die Eigenschaft eines vollgiltigen hat, zusammengestellt. — "Wenn aber die Vertheidiger der entgegenstehenden Ansicht es nur als eine Besonderheit des von ihnen s. g. Intestatcodicills angesehen wissen wollen, daß dadurch ein älteres Testament rumpirt werde, so müßte, um dies zugeben zu können, erst entschieden feststehen, daß das test. posterius wirklich nur ein Intestatcodicill sei. Dies ist ja aber nicht der Fall; mithin wird man daraus, daß einer solchen Disposition ausdrücklich eine Wirkung zugestanden ist, welche ausgemacht nur einem vollgiltigen Testament zukommt, im Zweifel wohl zu folgern berechtigt seyn, daß ihr alle Wirkungen wahrer Testamente beigelegt werden dürfen, soferne sich nicht aus dem Buchstaben oder dem Zweck der gesetzlichen Disposition mit logischer Nothwendigkeit Einschränkungen ergeben. — Hierauf gestützt wurde denn früher schon ausgeführt: daß ein Extraneus in einem solchen Testamente auch neben den Intestaterben nicht eingesetzt werden dürfe, obgleich eine solche Einsetzung dem Rechtsbestande der Disposition nicht schade, indem das ihm Zugewandte den Intestaterben accrescire; ferner, daß zwar directe Substitutionen dritter Personen nicht zu Recht bestehen, wohl aber durch die Codicillarclausel aufrecht gehalten werden; sodann, daß auch Enterbungen sich mit dem Zwecke des Gesetzes nicht vertragen, dagegen andere Verfügungen, welche nur in eigentlichen Testamenten (oder in testamentarisch bestätigten Codicillen) erfolgen dürfen (wie: Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsernennungen

Digitized by Google

und Freiheitsertheilungen) auch in einem testamentum posterius imperfectum möglich seien; daß der Erblasser für die einzelnen Intestaterben die Erbquoten verschieden bestimmen dürfe, endlich der Rechtsbestand gewöhnlicher Vermächtnißanordnungen in einem solchen Testamente keinem Zweifel unterliege, da diese ja auch in bloßem Intestatcodicillen geschehen können [30]).

Roßhirt nun (a. a. O.), welcher das test. posterius imperfectum für ein wirkliches Testament erklärt, und hieraus mit Recht folgert, daß dadurch das frühere Testament auch alsdann aufgehoben werde, wenn demselben die Codicillarclausel beigefügt sei, — bestreitet doch die Giltigkeit aller in dem test. posterius enthaltenen Verfügungen zum Besten dritter Personen. Dies soll sich theils aus der Analogie des testamentum parentum inter liberos, theils aus der Natur der Sache ergeben, indem das testamentum posterius imperfectum ohne die Solemnitäten eines Codicills bestehe, würden aber diese beobachtet, so seien die Vermächtnisse als in einem Codicill, nicht als in dem test. poster. imp. angeordnet zu betrachten [31]). — Diese ganze Argumentation fällt von selbst zusammen, wenn es wahr ist, daß

30) Bd. 38. d. Comment. S. 388 — 394. S. 380. 381.

31) So soll doch der (buchstäblich nicht recht verständliche) Satz wohl verstanden werden: „Aus der Natur der Sache, — denn, wenn die Zeugen Nichts von der Verfügung zu Gunsten der extranei wissen und nicht unterzeichnet haben, so ist auch nicht einmal ein Fideikommiß giltig, wissen aber die Zeugen durch genaue mündliche Eröffnung des Testators, so ist die Bestellung der Vermächtnisse nicht eigentlich in dem testamento für die Intestaterben, als in einer eignen Codicillarverordnung geschehen".

Digitized by Google

auch das test. post. imperf. die Codicillarform erfordere; es darf daher hier nur auf die dafür angeführten Gründe verwiesen werden.

Nicht nur aus diesem Grunde will R. auch Substitutionen nicht einmal als fideicommissarische gelten lassen[32]), sondern er spricht diese Wirkung auch den Codicillen oder den durch Codicillarclausel bestätigten unvollständigen Testamenten ab, indem die von mir in Bezug genommene L. 76. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.) als eine auf allgemeiner Billigkeitsinterpretation beruhende Entscheidung zur Bildung eines Prinzips nicht geeignet sei. — Da ich die meiner Annahme entgegenstehenden Zweifelsgründe vollständiger, wie von R. geschehen ist, vorgetragen und ausführlich zu beseitigen gesucht habe, so wird auch hier eine Zurückweisung genügen können[33]), zumal noch in einem späteren Bande des Commentars über die L. 76. *cit.* einiges hieher Gehörige bemerkt ist[34]).

Unser Gegner bezweifelt endlich noch die Zulässigkeit von Pupillarsubstitutionen in dem test. post. imp. Allerdings ist eine Veranlassung zu einer solchen Disposition durch die höchst seltene Voraussetzung bedingt, daß ein Vater in dem früheren Testamente sein unmündiges Kind bona mente enterbt, in dem test. posterius

32) Die von mir auch als directe Substitution für giltig erklärte Substitution derjenigen Intestaterben, welche nach den zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen bei des Testirers Tode die nächsten sein würden (S. 193. fg.), erkennt dieser Schriftsteller übrigens ebenfalls an; a. a. O. S. 471.

33) Bd. 38. S. 388—393.

34) Bd. 40. S. 381.

Digitized by Google

aber instituirt hätte [35]); weshalb indessen unter dieser Voraussetzung eine solche Substitution in dem test. posterius nicht erfolgen könne? ist nicht einzusehen. R. sagt: es seyen ja des Kindes Erben nicht die des Vaters, also extranei. Allein zur Giltigkeit der Pupillarsubstitution ist nur erforderlich, daß des Vaters Testament ein zu Recht beständiges sey; das ist aber ein test. posterius imperfectum, wenn der Testirer seine nächsten Intestaterben einsetzt. In Ansehung der Person der Substituten ist der Vater überall nicht beschränkt [36]); hier kommt also der Grundsatz zur Anwendung: „in pupillari substitutione — duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum — *duarum hereditatum*“ [37]).

Zum Beschluß ist noch einer eigenthümlichen Ansicht von Bynkershoek zu erwähnen, welche zwar mit dem test. posterius imperfectum nichts zu thun hat, wohl aber, wäre sie gegründet, unser Systeme mit einem neuen testamentum privilegiatum bereichern würde. Er nimmt nämlich an: wenn ein Testirer gar keine Verwandten habe, so bedürfe es überall keiner Form zu der Giltigkeit seines letzten Willens, sondern es genüge jede erweisliche Willenserklärung [38]). Seine Gründe sind: a) Testamente seyen aufgekommen, um dem Testirer es möglich zu machen, seine Intestaterben auszuschließen. Diese

35) Bd. 38. S. 380. Not. 25.

36) L. 6. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6). L. 8. §. 5. D. *de inoff. test.* (V. 2).

37) §. 2. J. *de pup. subst.* — Vgl. Bd. 40. d. Comment. §. 1452. S. 388.

38) Bynkershoek observ. jur. Rom. Lib. II. c. 2.

Digitized by Google

Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge habe nur durch eine neue Lex geschehen dürfen [39]), und darin sey lediglich der Grund des Aufkommens und der Nothwendigkeit von Testamentsformen zu suchen; habe aber der Erblasser keine Intestaterben, so bedürfe es auch keiner Lex contraria, oder einer deren Stelle vertretenden Solennität, zur Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge. Ueberdies ersehe man aus dem Recht des test. posterius imperfectum und anderen Bestimmungen [40]), daß die Römer die Grundsätze des testamentarischen Erbrechts zu Gunsten der Intestaterben oft nicht zur Anwendung gebracht hätten, wodurch denn der Satz, daß, wo überall keine Intestaterbrechte zu berücksichtigen seyen, es mit den testamentarischen Anordnungen überhaupt nicht streng genommen werden dürfe, einige Unterstützung erhalten soll. — b) Scävola trägt folgenden ihm zur Begutachtung vorgelegten Fall vor: Jemand, welcher keine Kinder noch sonstige Verwandte gehabt, habe in Gegenwart von Freunden dem Sejus erklärt, er wolle ihm einige, namhaft gemachte, Grundstücke hinterlassen; Sejus habe darüber ein Document aufgenommen, und in dasselbe die auf seine Frage: ob jene Erklärung dem Willen des Testirers gemäß sey? von diesem erfolgte bejahende Antwort. Das Gutachten geht dahin: die Giltigkeit dieses Fideicommisses sey ausser Zweifel [41]). — Bynkershoek meint nun, der Grund dieser Entscheidung sey lediglich in dem Umstande zu suchen, daß

39) Vgl. Bd. 38. d. Comment. S. 260. fg.

40) z. B. L. 12. §. 1. D. *de Bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.).

41) L. 39. §. 1. *de leg.* III.

Digitized by Google

der Disponent keine Verwandte hatte, und findet darum in derselben ein für alle testamentarische Verfügungen geltendes Recht anerkannt. — Indessen handelte es sich hier lediglich um eine zweifelhafte Fideicommißfrage. Wenn das Vorhandenseyn oder die Giltigkeit fideicommissarischer Verfügungen zur Frage steht, so sind die individuellen Verhältnisse eben so sehr, wie der wörtliche Ausdruck, zu berücksichtigen; im Zweifel wird für das Fideicommiß entschieden, zumal wenn der Testirer keine nahe Verwandte hat, die dabei verlieren[42]). Nur davon wird hier eine Anwendung gemacht[43]); eine genauere Widerlegung der Bynkershoekschen Hypothese dürfte aber schwerlich nöthig erscheinen.

Es soll jetzt die Erörterung der übrigen privilegirten Testamente, nicht nach der obigen chronologischen, sondern nach der von Hellfeld gewählten Ordnung folgen.

§. 1474.

I. Das *testamentum militare*[44]). — Begriff und geschichtliche Darstellung des Gegenstandes.

Unter dem testamentum militare[45]) kann man verstehen: das zu Gunsten des Soldatenstandes von den

42) Vgl. L. 102. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1).

43) S. Westphal von Vermächtnissen Bd. I. §. 378.

44) *Gust. Frid.* Hänel (Pr. *Jo. Gfr.* Müller) Diss. I. de testamento militari Lips. 1815. 4. *Ejusd.* Diss. II. 1816. 4.

45) Es findet sich wohl (selbst in unseren Quellen) der Ausdruck testamentum militis oder militum (s. die Rubrik des Titels); genau ausgedrückt muß es aber testamentum militare heißen; denn da Soldaten auch jure communi testiren können, so muß man bei dem ersten Ausdruck

Digitized by Google

äusseren Solennitäten und anderen Erfordernissen einer zu Recht beständigen letztwilligen Disposition entbundene Testament. — Dies Testament ist also den beschränkenden Bestimmungen des jus publicum überall nicht unterworfen; es entscheidet lediglich der Wille des Testirers (versteht sich, soweit derselbe nicht in das Recht Anderer widerrechtlich eingreift), — oder, (wie es heißt): Soldaten können testiren quomodo volent, quomodo poterunt[46]). Daraus erklären sich denn von selbst alle Abweichungen von den Regeln des civilrechtlichen Erbrechts, — z. B. von der Regel: nemo pro parte testitus, pro parte intestatus decedere potest, — nemo cum pluribus testamentis decedere potest u. s. w.[47]). Der Form nach findet sich eine Abweichung von den gewöhnlichen Testamenten schon in sehr frühen Zeiten bei dem testamentum in procinctu[48]), oder, wie Justinian es nennt, testamentum procinctum[49]). Davon war bereits an mehreren Orten des Commentars,

stets hinzudenken oder hinzusetzen: *privilegiatum*; Vinnius ad Pr. comment. *h. t.*

46) L. 1. pr. D. *h. t.*

47) Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 326. fgg. — Vgl. Gans Erbrecht Bd. II. S. 168—171.

48) *Gaji* iust. II. §. 101. — Vgl. Cic. de or. I. 53. Gellius N. A. XV. 27. Festus v. *Endo procinctu*, auctt. lat. ling. de Gothofr. p. 283.

49) Pr. J. *de test. ordin.* — Bei Theophilus ad *h. l.* kommen beide Ausdrücke vor. Der Tadel also, welchen *A. F.* Schott (Diatr. de testamento in procinctu facto, opusc. p. 139) gegen Heineccius ausspricht, welcher (in der Antiq. synt. Lib. II. Tit. 10. §. 1.) bemerkt hatte, daß Theophilus den besseren Ausdruck habe, ist ganz grundlos.

Digitized by Google

zwar nur beiläufig, jedoch unter Anführung der dahin gehörigen Literatur die Rede [50]). Auch gestattet der Zweck des Commentars überhaupt keine ausführlichere Erörterung des Gegenstandes, indem derselbe mit dem späteren Recht durchaus in keiner Verbindung steht. Da indessen in einer dem geltenden Recht angehörigen Quelle der Sache Erwähnung geschieht, so werden folgende Nachträge zu dem früher bereits Gesagten hier nicht überflüssig erscheinen.

Vor Beginn einer Schlacht pflegten, wie vor einer Volksversammlung, Auspizien gehalten zu werden und das gerüstete und schlagfertige Heer hieß exercitus procinctus [51]), weil die Soldaten sich in der Weise der Gabiner mit der Toga umgürteten, oder in aufgeschürztem Kleide fochten, um in der freien Bewegung nicht gehindert zu werden [52]). Hier konnte nun jeder Soldat vor versammleten Heer seinen letzten Willen erklären und dies war das testamentum in procinctu. Ueber die Art dieser Erklärung wissen wir nichts Näheres. Ob die Ernennung der Erben unter einer bestimmten Form geschehen mußte, ob die Anwesenden, oder einige derselben, ausdrücklich aufgefordert wurden, Zeugen zu seyn, ob es einer Zustimmung des Heeres bedurfte (was schwerlich anzunehmen ist) —, über alles dies schweigen die Quellen. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß der Testirer auf

50) Bd. 33. S. 338—341. Bd. 34. S. 150 fg.

51) Festus u. Gajus ll. ll.

52) Servius ad Virgil. Aenid. Lib. VII. V. 601. 607 sq. — Trekell de orig. atque progr. testamenti fact. C. p. 2. §. 20. p. 47. sq. — Schott l. l. p. 127 — 137. Huschke Verfassung des Serv. Tullius S. 484. fg.

Digitized by Google

gehörige Weise umgürtet vortrat, die Anwesenden mit der üblichen Formel: Quirites testimonium perhibete to aufforderte und alsdann mündlich erklärte, wer sein Erbe seyn solle. In einer Stelle von Plutarch ist von drei oder vier Anwesenden [53]) die Rede, welche die Erklärung des Testators, oder die Ernennung des Erben hören. Häufig versteht man dies so: nach dieser Notiz bei Plutarch hätten nicht weniger als drei oder vier Zeugen zugezogen werden müssen [54]). Drückte sich Plutarch wirklich so aus, so würde man doch an der Richtigkeit seiner Relation zu zweifeln berechtigt seyn. Denn eines Theils erfordern andere Schriftsteller nur die Erklärung des Testirers in Gegenwart seiner Commilitonen [55]), anderen Theils aber würde eine juristische Bestimmung über die Zahl sicher nicht so unbestimmt gelautet haben, wenn wirklich gesagt werden sollte: unter drei dürfen es nicht seyn; es hätte alsdann geheißen: vor drei Zeugen, oder: vor wenigstens drei Zeugen. Dagegen konnte der Gedanke: wenn auch nur Wenige die Erklärung hören, sehr wohl so ausgedrückt werden: wenn auch nur drei oder vier es hören. In der That sagt aber Plutarch nichts Anderes. Er spricht überall nicht von Zeugen, sondern er erzählt nur: es habe bei den Römern die Gewohnheit gegolten, sich, wenn das Heer gerüstet und schlagfertig da gestanden, mündlich einen Erben vor drei oder vier Hörern (τριῶν ἢ τεττά-

53) Plutarch. in Coriolano c. 9. — Zu lesen ist hier: τριῶν ἢ (nicht καὶ) τεττάρων; Heineccius Ant. Synt. Lib. II. Tit. 10. §. 2. not. g. (der Ausg. von Mühlenbruch); Trekell l. l. p. 49. Schott l. l. p. 149. sq.

54) So z. B. Schott l. l. p. 149.

55) Festus v. *in procinctu* (Gothofr. p. 301).

Digitized by Google

ρων ἐπακουόντων) zu ernennen; was sehr füglich die Erklärung leidet: wenn auch nur drei oder vier es hören. Wenn ein Soldat seinen Willen offen und laut vor der versammleten Armee erklärt, so werden in der Regel gewiß Mehrere seyn, welche dies hören und verstehen. Von Einigen muß es freilich bezeugt werden können, auf die Zahl aber kommt an sich nichts an; dies also wollte Plutarch ohne Zweifel nur sagen [56]).

Mehrere Schriftsteller finden nun in dem testamentum in procinctu gar kein besonderes Recht, sondern nur eine Anwendung der bekannten älteren Form der Testamentserrichtung in der Volksversammlung [57]). Dafür sprechen auch in der That manche Gründe. Die Centuriatcomitien hatten die Gestalt eines gerüsteten Heeres, wie sie denn auch als exercitus bezeichnet werden [58]); sie konnten sich nur ausserhalb der Stadt versammlen, und die mit denselben verbundenen Auspizien erfolgten auf ähnliche Weise, wie die bei der Schlachtweihe üblichen [59]). Daher konnten vom Heer, wie in einer Volksversammlung, Beschlüsse gefaßt werden, wenigstens in den ältesten Zeiten [60]), weshalb denn auch testamentarische Er-

56) Trekell l. l. p. 49. sq. — Haenel Diss. I. §. 7.

57) Diese Ansicht findet sich schon bei Heineccius in Synt. Ant. l. l. §. 3. und in der Diss. de origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo (in opusculor. Syll. Nr. XXVII) §. 13. 14. Noch bestimmter aber bei Schrader in Hugo's civilist. Mag. Bd. V. S. 154 fg. Not. *** und Schweppe Rechtsgesch. §. 447. Not. 3.

58) S. z. B. Liv. I. 36. — S. auch die folg. Note.

59) Vgl. Huschke die Verfassung des Königs Servius Tullius (Heidelb. 1838). S. 414 — 419.

60) Sie hießen comitia militaria, im Gegensatz der urba-

Digitized by Google

klärungen hier eben so wohl zulässig waren, wie in den gewöhnlichen Comitien. Hieraus erklärt es sich ferner, wenn Cicero bemerkt, daß mit dem Aufhören der Schlachtauspizien auch die testamenta in procinctu aufgehört hätten [61]). Gehen wir endlich davon aus — was mindestens im hohen Grade wahrscheinlich ist [62]) — daß über Testamente auch in den Comitien nicht eigentlich abgestimmt, sondern das Volk nur zum Zeugen aufgerufen wurde, ferner, daß man dazu nicht die Curiat- sondern die Centuriat-Comitien benutzte [63]): so scheint gegen die Richtigkeit jener Behauptung kaum ein Zweifel möglich zu seyn. Indessen trotz dieses unverkennbaren Zusammenhangs beider Testamentsformen muß man doch einige Verschiedenheit zugeben, zumal seit dem Heere das Recht der Volksversammlungen entzogen ward und die Testaments-Comitien nur zwei Mal im Jahre gehalten wurden [64]); dadurch nahm das testamentum in procinctu den Character eines Vorrechts der Soldaten an, indem es nicht an bestimmte Zeiten gebunden war und vor einer

na; Liv. 3. 51. Vgl. Huschke Verfassung u. s. w. S. 417.

61) Cic. de nat. deorum II. 3.

62) S. Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 289—292.

63) Das Gegentheil nimmt auch noch Glück an in dem Comment. Bd. 33. S. 338 fg. S. indessen Huschke a. a. O.

64) Auch sprechen ja die Quellen ausdrücklich von *duo genera* testamentorum (Gajus und die Justinianischen Institutionen a. a. O), oder, mit Rücksicht auf das testamentum per aes et libram, von drei Arten: dem test. calatis comitiis, in procinctu, und per aes et libram; Gellius N. A. XV. 27. Ulpiani Fragm. XX. 2.

Digitized by Google

Versammlung errichtet werden konnte, welche nicht das Recht hatte Gesetze zu geben. Aber nur die Form war (soviel wir wissen) privilegirt; die sonstigen Vorschriften des jus publicum mußten also auch hier beobachtet werden, namentlich in Ansehung des Notherbenrechts, dessen Existenz freilich in den älteren Zeiten, und wahrscheinlich auch noch zur Zeit der XII. Tafeln nicht angenommen werden darf [65]). Ganz ohne Grund wird übrigens behauptet, daß das test. in procinctu seine Kraft verloren habe, wenn der Testirer nicht in der Schlacht blieb, und auch, wenn er blieb, es hinterher doch noch zu seiner vollständigen Giltigkeit einer Bestätigung in den Volkscomitien bedurft habe [66]). Allein schon zu Cicero's Zeiten war es ausser Gebrauch gekommen (Note 22), und das erst unter den Kaisern als ein Privilegium des Soldatenstandes (denn einen solchen gab es früher nicht) aufgenommene militärische Testament steht damit in gar keiner Verbindung [67]).

Nach den uns gewordenen Ueberlieferungen [68]) ist Julius Cäsar als Urheber des militärischen Testaments-

65) Bd. 36. d. Comment. S. 147. fgg. — Vgl. Schott l. l. p. 153 sq.

66) Dies ist die Meinung von Trekell l. l. §. 23. — Nicht so weit geht Heineccius; doch glaubt auch dieser, daß mit dem Aufhören der Gefahr das test. in procinctu, gleich der mortis causa donatio, seine Wirkung verloren habe, Synt. Antiq. l. l. §. 4. (was freilich zu seiner oben, zu Note 18, referirten Meinung nicht recht stimmt). Vgl. auch Schott l. l. p. 158. sqq.

67) Vgl. noch über dies Testament Haenel diss. I. §. 1—8. Dernburg Beitr. zur Gesch. des Röm. Testaments. §. 8. Hunger das Röm. Erbrecht. §. 91. u. f.

68) Die Hauptstelle hierüber ist L. 1. pr. D. *h. t.* von Ul-

Digitized by Google

privilegiums anzusehen. „Sed ea concessio temporalis erat", sagt Ulpian; er veranlaßte also deshalb kein Gesetz, sondern erließ eine bloße Regierungsverfügung, welche, wie alle von den ersten Imperatoren als summi magistratus erlassenen Verfügungen, an sich nur so lange bindend waren, als ihr Regiment dauerte[69]). Daher bedurfte es einer Erneuerung des Privilegiums unter den folgenden Kaisern, welche dies Recht den Soldaten zugestehen wollten. Ulpian nennt Titus als den, welcher es zuerst erneuert habe (— „postea — primus D. Titus dedit"), darauf Domitian, sodann Nerva, von dem es heißt: „plenissimam indulgentiam in milites contulit"; diesem sey auch Trajan gefolgt, und seitdem den Instructionen an den Beamten (mandatis) folgendes Capitel einverleibt worden[70]): „Quum in notitiam meam prolatum sit, subinde testamenta a commilitoribus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei inte-

pian. Vgl. auch Florentinus in der L. 24. D. *eod.* und die Fragmente von Ulpian XXIII. 10.

69) Mehr als dies darf man aus dem *legis vicem* obtinent (Gajus I. 5.), oder *legis vigorem* habent (L. 1. pr. D. *de constit. princip.*) nicht schließen, wenigstens nicht für die Zeit, in welcher die von Ulpian in der L. 1. pr. cit. erwähnten Kaiser lebten. Vergl. Hugo Rechtsgesch. (XI.) S. 740. a. E. folg. und Zimmern Rechtsgesch. I. §. 43. S. 146. fg.

70) In den meisten Ausgaben folgen hier die Worte: *Caput ex mandatis*; Leoninus in den Emendat. s. observat. p. 369. (Nr. 7.) hält diese Worte für eine später in den Text aufgenommenene bloße Marginalbemerkung. Bei Haloander fehlen sie auch.

Digitized by Google

gritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut, quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. *Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.*" Wie weit das Privilegium unter den drei zuerst genannten Kaisern gieng, ist nicht ersichtlich; daß es seinen vollen Umfang erst durch Trajans Bestimmung erhielt, sagt Ulpian ausdrücklich. Auch führt der Jurist Florentin [71]) ein Rescript eben dieses Kaisers an, gerichtet an einen Statilius Severus [72]). Da es zu Zweifeln über die Art und den Umfang des Privilegiums Anlaß geben kann, so soll eine kurze Erläuterung desselben hier folgen. Es lautet also: „Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, *quod et sine scriptura, et a non militantibus fieri potest.* Si ergo miles, de cujus bonis apud te quaeritur, *convocatis ad hoc haminibus, ut voluntatem suam testaretur,* ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et vo-

71) L. 24. D. *h. t.* — Auch in den Institutionen wird es erwähnt: §. 1. J. *h. t.*

72) Wahrscheinlich Proconsul von Asien; Schulting not. ad Dig. h. l. T. V. p. 116. — Ueber den Namen (ob Statilius oder Catilius) s. ebendas. Smallenburg not. 1. Otto ad Inst. §. 1. *h. t.* not. d. p. m. 210. u. *E.* Schrader ad eund. loc. not. crit. v. *Statilio.*

Digitized by Google

luntas ejus rata habenda est. Ceterum si, *ut plerumque sermonibus fieri solet*, dixit alicui: *ego te heredem fàcio*, aut: *tibi bona mea relinquo*, non oportet hoc pro testamento observari. *Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est*, ejusmodi exemplum non admitti; alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audiisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit; *et per hoc judicia vera subverterentur.*" — Ein Soldat hatte seinen letzten Willen mündlich (und ohne Beobachtung der gewöhnlichen Solennitäten) erklärt. Der Proconsul Statilius ist zweifelhaft, ob diese Erklärung für ein Testament zu halten sey, und fragt deshalb beim Kaiser an. Dieser antwortet: auch bei der Disposition eines Soldaten muß vor Allem feststehen, daß derselbe testiren, oder seinen letzten Willen erklären wollte; ist dies der Fall, so bedarf es eines schriftlichen Aufsatzes nicht, indem ja auch Nichtsoldaten mündlich testiren können [73]). Was nun folgt, darf keineswegs so verstanden werden, als ob die Einsetzung mittelst der Worte: heredem facio verworfen würde. Zwar war dies in früheren Zeiten keine übli-

73) Dies ist der Sinn der Worte: et a non militantibus fieri potest. Dieser Sinn tritt freilich noch bestimmter hervor, wenn man nach dem Vorschlage von Fabrotus (s. Theophil. ed. Reitz p. 351.) liest: *ut* a non militantibus; allein die Emendation ist weder nothwendig, noch hat sie eine äußere Autorität für sich. Zu verwerfen ist es aber, wenn man die Partikel *et* ganz wegläßt, gleich als ob nur Militärpersonen mündlich hätten testiren dürfen. M. s. Marcillius ad h. l. in f.

Digitized by Google

che Form und noch Gajus und Ulpian bezeugen, daß die meisten Juristen sie für unzulässig erklärten [74]). Allein daß ein Soldat sich so ausdrücken dürfe, war sicher nie einem Zweifel unterworfen, seitdem bestimmt war: bei Soldaten komme es auf den Ausdruck nicht an. Ueberdies würde die Stelle, wenn sie jenen Sinn haben sollte, von den Compilatoren nicht unverändert aufgenommen worden seyn, da es längst feststand, daß die Form der Einsetzung gleichgiltig sey und nur der mit Bestimmtheit zu erkennende Wille in Betracht komme [75]). Der ganze Zusammenhang ergiebt auch ohne Schwierigkeit folgenden Sinn: das soldatische Testament ist zwar von aller Form entbunden, allein jedenfalls muß das gewiß seyn, daß der Soldat durch seine Erklärung alles Ernstes die Errichtung seines letzten Willens beabsichtigte. Hat er also zu diesem Behuf Andere um sich versammelt, und diese mit seiner Absicht zu testiren bekannt gemacht, so ist die von ihm erfolgte Ernennung eines Erben als wahres Testament anzusehen; eine nur gelegentlich und gesprächsweise, wie es wohl zu geschehen pflegt (ut plerumque sermonibus fieri solet), geschehene Erklärung dieser Art kann aber für kein Testament gehalten werden. Dies erfordert das eigne Interesse derer, welche ein solches Privilegium erhalten haben; denn sonst möchten sich leicht genug Zeugen finden, um das Daseyn eines Testaments zu bekunden, woran im Ernste gar nicht gedacht wurde [76]). — Die

74) Gaji inst. II. §. 117. Ulp. Fragm. T. X. XXI.

75) L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.)

76) Eine ähnliche Rücksicht darauf, daß durch unverständige Anwendung des Privilegiums kein dem wahren Willen des Testators zuwiderlaufender Erfolg eintrete, führte auch zu

Digitized by Google

Richtigkeit dieser Interpretation erhält ein bedeutendes Gewicht durch Theophilus[77]), und auch die späteren Ausleger stimmen darin mit einander überein, daß der Kaiser seine Entscheidung lediglich von dem Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn einer ernstlich gemeinten und deutlich ausgesprochenen Willenserklärung abhängig machen wollte[78]). Ist nun aber dies der in dem Rescript ausgedrückte Gedanke, so darf man auch auf solche in der Stelle enthaltene Aeusserungen, die, wenn man sie als verba dispositiva ansehen wollte, die Giltigkeit der letztwilligen Verfügung eines Soldaten dennoch von bestimmten positiven Bedingungen abhängig machen würden, kein besonderes Gewicht legen. Es ist mithin kein das juristische Daseyn des militärischen Testaments bedingendes Erforderniß, daß der Soldat Zeugen zusammenruft und vor ihnen seine Absicht zu testiren erklärt. Der Kaiser sagt und (ohne Zweifel mit Beziehung auf die vorgetragenen factischen Verhältnisse): wenn das geschehen ist, so ist das Testament giltig; denn alsdann darf der ernstliche Wille des Testirers nicht bezweifelt werden. Läßt sich dieses daher auf andere Art darthun, so gilt das Testament nicht minder.

Als Grund dieses Vorrechts wird hauptsächlich angegeben, die gewöhnlich bei Soldaten anzutreffende Rechts-

der Beschränkung der Regel, daß der Soldat seine Notherben übergehen dürfe; §. 6. J. *de exhered. libror.* L. 36. §. 2. D. *h. t.*

77) Theophilus in paraphr. ad *h. t.*

78) S. die Accursische Glosse zu dieser Stelle; *A.* Faber Jurisprud. Papin. scient. p. 289; ferner die Ausleger der Institutionen, ad §. 1. cit. (Vinnius, Otto, Schrader). Vergl. auch Westphal Lehre von Testamenten. §. 745.

Digitized by Google

und Geschäfts-Unerfahrenheit — imperitia, simplicitas militaris [79]). In einer Stelle, da nämlich, wo von der Ausdehnung dieses Rechts auf Nichtsoldaten, welche sich mit den Soldaten im Schlachtgewühl befinden, die Rede ist, wird auch von den Gefahren des Soldatenstandes gesprochen: da Jene sich in gleicher Gefahr mit den Soldaten befinden, so müsse ihnen auch dasselbe Recht in Ansehung der Testamentserrichtung zustehen [80]). Diesen Grund wollen Manche für den eigentlichen und hauptsächlichen halten [81]), und in der That würde sich hiedurch am ersten das Privilegium rechtfertigen lassen, wenigstens soweit es sich auf den Erlaß der rechtlichen Form bezieht. Da derselbe indessen nur bei Gelegenheit der Ausdehnung erwähnt wird, sonst sich aber — bei juristischen Classikern und röm. Kaisern — immer nur die simplicitas und imperitia militum genannt findet, so müssen wir diesen Grund wenigstens als den hauptsächlichsten gelten lassen. Auch kann es in keinen Betracht kommen, was dagegen wohl erinnert ist, daß alsdann auch Frauen und vielen Anderen ein gleiches Recht hätte zugestanden werden müssen [82]). — Die sehr natürlich zu erklärende Begünstigung des Soldatenstandes unter den Kaisern

79) Pr. J. *h. t.* L. 1. pr. D. L. 3. C. *h. t.*

80) L. un. pr. D. *de Bon. poss. ex test. milit.* (XXXVII. 13.)

81) Z. B. Vinnius ad pr. J. *h. t.* Nr. 1. — *a* Costa (ad eund. loc.) führt noch einen dritten an: nämlich Begünstigung des Soldatenstandes, wegen der persönlichen Gefahr und Aufopferung seiner Mitglieder für das Vaterland. — Vergl. auch Haenel diss. I. §. 11. 12.

82) Vinnius l. l. und Höpfner Commentar. §. 453.

Digitized by Google

veranlaßte nach und nach eine Reihe von Privilegien für denselben. Als Motiv derselben wird bald die imperitia der Soldaten, bald ein anderer Grund (z. B. die Gefahren, denen sie für das Vaterland ausgesetzt sind) angegeben. Mögen diese Motive immerhin auf Wahrheit beruhen; folgt denn deshalb, daß das daran geknüpfte Privilegium mit rechtlicher Nothwendigkeit daraus hervorgegangen ist? Das läßt sich nie von einem jus singulare sagen, auch wenn es noch so gut gerechtfertigt werden kann. Darum leidet ein solches Recht keine analogische Anwendung, ja es würde der Gesetzgeber nicht eben sonderlich zu loben seyn, wenn er die Motive, welche ihn zu einer Ausnahme vom jus commune bestimmt haben, zu einem allgemeinen Grundsatz für ähnliche Fälle und Verhältnisse erheben wollte [83]). — Also wir können immerhin die simplicitas und imperitia militum als das Hauptmotiv für das militärische Testamentsprivilegium gelten lassen, ohne die Alten deshalb der Inconsequenz zu beschuldigen, daß sie nicht dasselbe Vorrecht allen Personen angedeihen ließen, welche wegen Rechtsunwissenheit Privilegien genießen. Darin liegt indessen allerdings eine Inconsequenz, daß das Testamentsprivilegium auf solche Soldaten beschränkt wurde, welche sich im Kriege befinden.

Ob dies indessen der Fall sey? ist eben so streitig, als der Ursprung dieser Beschränkung. Eine Hauptstelle hierüber ist das Pr. Inst. h. t., dessen hieher gehörige Stelle nach der gewöhnlichen Lesart so lautet: — „videlicet, *quum in expeditionibus occupati sunt; quod merito nostra constitutio induxit.* — — Illis autem temporibus, per quae, *citra expedi-*

83) Vergl. Bd. 40. des Commentars S. 54—56.

Digitized by Google

tionum necessitatem, in aliis locis, *vel in suis sedibus* degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur". — Die Constitution, worauf der Kaiser sich hierbei bezieht, ist die L. 17. C. *h. t.* (aus dem Jahre 529). Hierin ist buchstäblich Folgendes angeordnet: „Ne quidam putarent, in omni tempore licere militibus testamenta quo modo voluerint componere, sancimus, *his solis, qui in expeditionibus occupati sunt*, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium". In dem §. 3. J. *h. t.* wird dann noch bemerkt: den Soldaten stehe das Privilegium zu, „quatenus militant *et in castris degunt*"; „extra castra" mußten sie aber die Vorschriften des gemeinen Rechts beobachten. — Was wird nun hier unter in expeditionibus, oder in castris esse verstanden? Nach der gemeinen Meinung bedeutet das soviel als: im Feldlager, oder in der Schlacht selbst, so daß also der in Garnison (in praesidiis, stativis, hybernis) stehende Soldat jure communi testiren muß [84]). Andere sind dagegen der Meinung, daß Justinian nur sagen wollte: der Soldat müsse in seinen Dienstgeschäften seyn; dies sey auch der Fall, wenn er sich in seinem Standquartiere befinde, mithin werde das Privilegium blos dem

84) *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 28. §. 40. 41. Vinnius ad pr. J. *h. t.* nr. 4. 5. Höpfner Comment. §. 453. Thibaut Pand. §. 842. Günther prino. jur. Rom §. 777. nr. II. A. 2. Schweppe Röm. Privatr. Bd. V. §. 784. Mackeldey Lehrb. §. 644. Mein Lehrb. der Pand. §. 695. nr. 1. Hartitzsch Erbrecht §. 400. nr. 2. Haimberger Röm. Privatrecht §. 352. Haenel Diss. I. §. 13.

Digitized by Google

abgesprochen, welcher zwar noch dem activen Militär angehöre, allein augenblicklich ausser Dienst sey, z. B. ein Beurlaubter[85]). Der von Cujacius dafür angeführte Grund, daß sich ja sonst die von Nichtsoldaten in hostico errichteten Testamente (s. den folg. §.) nicht von dem privilegirten Testamente der Soldaten unterscheiden lassen, wird selbst von den übrigen Vertheidigern dieser Meinung verworfen, und gewiß mit Recht. Denn auch abgesehen von der Frage, ob die Beobachtung der inneren Solennitäten den in hostico testirenden Nichtsoldaten nachgelassen ist? bliebe jedenfalls die Verschiedenheit, daß das Testament der Letzteren mit aufhörender Gefahr seine Wirkung verliert[86]). Dagegen fehlt es nicht an anderen Gründen für diese Ansicht. Zuvörderst ist nicht zu läugnen, daß in expeditione esse sehr füglich soviel

85) S. besonders Cujacii consultat. nr. 49. a Costa comment. ad inst. (ed. a. d. Wayer) p. 242. &c. G. Madihn: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig. Frkf. a. d. O. 1789. 4. *E.* Schrader in comment. ad h. l. *verb.* in expeditionibus. — Bisweilen wird auch noch zwischen Winterquartieren und dem Garnisonsorte unterschieden, so nämlich, daß das Privilegium sich auf die in dem ersteren errichteten Testamente beziehe: v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 481. nr. 1., welcher sich dabei auf Pufendorf (observ. III. nr. 187.) beruft, der indessen sich zu der Meinung von Cujacius bekennt; l. l. §. 4. — Uebrigens wird beim folgenden §. gezeigt werden, daß man die hier vertheidigte Meinung nicht so zu verstehen habe, als ob der Soldat gerade im eigentlichen Feldlager, oder in der Schlacht testiren müsse, um das Privilegium in Anspruch nehmen zu können.

86) S. a Costa l. l. p. m. 242.

Digitized by Google

bedeuten kann, als in Dienstverrichtungen seyn, und eben so können castra auch militärische Standquartiere seyn [87]). Demnächst beruft man sich darauf, daß in der Stelle, wo von der in integrum restitutio der Soldaten die Rede ist, unterschieden werde, ob der Soldat in expeditione occupatus gewesen sey, oder in suis aedibus gelebt habe; nur im ersten Falle sollen ihnen Einreden gegen den Lauf der Verjährung zustehen und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (wegen wesentlicher Versäumnisse) angedeihen, nicht aber im letzteren [88]). Aus diesen Stellen wird denn auch ein Argument dafür hergenommen, daß in dem pr. J. *h. t.* statt in suis *sedibus*, zu lesen sey: in suis *aedibus*, wofür es freilich auch an handschriftlichen Autoritäten nicht fehlt [89]). Aber Haloander liest in der Constitution, welche von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand handelt, ebenfalls *sedibus* und daß diese Lesart sich in mehreren Handschriften finde, überdies aedibus und sedibus nicht selten in den Codices mit einander verwechselt werden, bezeugen Contius und andere Critiker [90]). Es bleibt daher nur der zuerst angeführte Grund übrig. Dieser aber ist durch sehr bestimmte Erklärungen und Zeugnisse alter Schriftsteller zu beseitigen, woraus sich ergiebt, daß expeditio militum stets auf den Kriegszustand bezogen

87) Belege dafür, daß man auch befestigte Städte Castra genannt habe, wird man in jedem guten Wörterbuche finden.

88) L. ult. C. *de restit. milit.* (II, 51); dieselbe Constitution (von Justinian) findet sich auch als L. ult. C. *quib. non objic. longi temp. praescr.* (VII. 35.)

89) S. Schrader in not. crit. ad h. l. v. *sedibus*.

90) S. die Anm. 30. ad L. ult. C. *de restit. milit.*, in der Ausg. v. Spangenberg.

Digitized by Google

und dem Aufenthalt der Soldaten in der Garnison oder dem Standquartier (hyberna, sedes u. s. w.) entgegengesetzt wird. So sagt Sallust: — „Aulus — — milites *ex hybernis in expeditionem vocat*“ [91]), und bei andern Schriftstellern findet sich dieser Gegensatz noch bestimmter erklärt [92]). Entscheidend ist aber hier wohl die Interpretation von Theophilus, welcher (nach der Uebersetzung von Reitz) die Institutionen-Stelle so paraphrasirt: „Quibus autem temporibus in aliis degunt locis, aut *in dictis eorum sedetis* (σεδέτοις), *i. e. ubi agere eos necesse est*, militaribus in testando privilegiis haud fruentur“ [93]). Wie ist es möglich gewesen, diese Stelle so zu verstehen, als ob Theophilus sage: Soldaten könnten nur in sedetis, d. h. da, wo sie vermöge ihrer Dienstverhältnisse eigentlich seyn müßten, testiren [94])! Könnte man aber auch, wie dies die mehrsten Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung wollen, unter sedeta das eigentliche Domizil oder die Wohnung der Soldaten, wenn er nicht

91) Bellum Iugurth. c. 37.

92) S. *Fl.* Vegetius de re milit. III. 4. (— „exercitati et eruditi *in sedibus* milites — —, *quum ad expeditionem* — — *convenient*“ —). III. c. 26. („Milites poena et timor *in sedibus* corrigent, *in expeditionibus* spes et praemia faciunt meliores“. — Cassiodorus Var. I. 17. — „Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota praeliis non debet aliis cogitationibus occupari“.

93) ed. Reitz p. 348. 349.

94) Diesen Sinn fand Rigaltius in den Worten von Theophilus; s. dagegen *a* Costa ad Inst. l. l. p. 241. sq. und in der Reitzischen Edition der Paraphrase. p. 349.

Digitized by Google

in Diensten ist, verstehen[95]), so ist dies doch schwerlich mit der hinzugefügten Erklärung zu vereinigen: dies seyen die Plätze, wo der Soldat seyn müsse. Darunter kann unmöglich etwas anderes, als das Standquartier verstanden werden, und dem Aufenthalte an diesen Plätzen setzt Theophilus sehr bestimmt das in expeditione vel in castris agere entgegen.

Daß nun erst Justinian die Beschränkung des Testamentsprivilegiums auf die im Kriege begriffenen Soldaten eingeführt habe, sagt er ausdrücklich[96]), und Theophilus bestätigt dies, indem er zugleich bemerkt, daß sonst die Soldaten allenthalben jure militari hätten testiren können[97]). In den Pandekten findet sich auch nicht die geringste Spur einer Beschränkung in Ansehung des Orts. Dagegen lesen wir in einer Constitution von Antonin Caracalla aus dem J. 212: „Voluntas militis *in expeditione occupati* pro jure servatur“[98]), und auf ähnliche Weise heißt es in einer Constitution K. Constantins (aus dem J. 334): „Milites *in expeditione degentes* — — — quomodo possint ac velint testentur“[99]). Soviel

95) *a* Costa a. a. O. meint übrigens, daß Theophilus hier den Kaiser mißverstanden habe, indem er dessen in *sedibus* durch in σεδέτοις wiedergegeben habe.

96) L. pen. (17) C. *h. t.* Pr. J. *h. t.*

97) Nach der Uebersetzung von Reitz: „Sed olim quidem ubicunque degentes militariter testari poterant: ast imperatoris nostri constitutio tunc illis hoc facere permisit, quum in castris vel in expeditione agunt“.

98) L. 1. C. *h. t.*

99) L. 15. C. *h. t.*

Digitized by Google

ist gewiß, daß, wenn diese Stellen in ihrer ursprünglichen Gestalt auf uns gekommen sind, das in expeditione nur heißen kann: wenn sie sich im Dienste (nicht zu Hause) befinden, indem nicht der geringste Grund vorhanden ist, Justinians Erklärung in Zweifel zu ziehen, nach welcher er allererst das Privilegium auf das im Kriege begriffene Militär beschränkt habe. Mit mehr Wahrscheinlichkeit ist indessen anzunehmen, daß in beiden Constitutionen die Worte *in expeditione* eine Zuthat Tribonians seyen [100]). — Von einer weiteren Beschränkung des Privilegiums durch die Notariatsordnung wird im folgenden §. die Rede seyn.

§. 1475.

Von den Personen, welche jure militari testiren dürfen.

Wer überhaupt kein Testament errichten darf, ist auch nicht berechtigt militärisch zu testiren. Dies ist wenigstens die Regel, weshalb denn nicht nur natürliche Unfähigkeit, sondern auch blos juristische (z. B. eine erfolgte Prodigalitätserklärung) für Soldaten eben so gut, wie für Andere, ein Hinderniß zu testiren ist [1]). Doch giebt es einzelne Modificationen dieser Regel. Dahin

100) *a* Costa l. c. p. 241. — Auf diese Interpretation scheint auch in dem §. 3. J. *h. t.* Rücksicht genommen worden zu seyn, wo es heißt: „Sed hactenus hoc illis *principalibus constitutionibus* concessitur, quatenus militant, et in castris degunt“.

1) Hofacker princ. per. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1370. nr. I. — Darum dürfte denn auch der in feindliche Gefangenschaft gerathene Soldat kein Testament errichten. L. 10. D. *h. t.*

Digitized by Google

gehört 1) die Bestimmung, daß ein wegen Dienstvergehen (z. B. wegen Widersetzlichkeit gegen die Oberen) zu einer Capitalstrafe verurtheilter Soldat wenigstens über die bona castrensia militärisch testiren konnte; nur durfte er nicht wegen solcher Handlungen, wodurch er geradezu seinen geleisteten Eid verletzte (z. B. wegen Verrätherei) verurtheilt seyn [2]). 2) Taubstumme Soldaten können testiren, wenn sie nur die Fähigkeit besitzen, ihren Willen auf irgend verständliche Weise an den Tag zu legen [3]). 3) Für Nichtsoldaten genügt es noch nicht, daß die zum Testiren erforderliche Rechtsfähigkeit (status) vorhanden sey, man muß auch mit Bestimmtheit wissen, daß man sie habe; bei Soldaten hingegen schadet eine Ungewißheit oder ein Zweifel hierüber nicht, wenn nur die Fähigkeit vorhanden war [4]); dasselbe Recht ist übrigens auch einem Veteranen zugestanden [5]). — In den Stellen, wo die Regel vorgetragen wird, heißt es: „qui *incertus de statu suo est*, certam legem testamento dicere non potest" (L. 14. D. *qui hist. fac. poss.*), oder: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt" (L. 15. *eod.*).

2) L. 11. pr. D. *h. t.* — Andere dies Privilegium betreffende Stellen s. Bd. 34. des Commentars §. 1407. S. 69 — 77. wo sich auch eine ausführliche Erörterung über die Sache selbst findet. — Von selbst versteht sich übrigens, wenn man annimmt, daß zum Tode Verurtheilte h. z. T. testamentsfähig sind (s. mein Lehrb. §. 641. Note 13), daß auch Soldaten nicht blos über die bona castrensia testiren dürfen. Haenel Diss. I. p. 38.

3) L. 4. D. *h. t.*

4) L. 11. §. 1. 2. D. *h. t.*

5) L. 9. D. *de jure codicillor.*

Digitized by Google

Daß die Regel nicht auf jeden die Testamentsfähigkeit beschränkenden Grund, sondern nur auf den Mangel eigentlicher Rechtsfähigkeit (Freiheit, Civität, Unabhängigkeit von einer Familiengewalt) gehe, darf wohl unbedenklich angenommen werden. Aber zu weit geht v. Buchholtz, wenn er die für Soldaten anerkannte Ausnahme auf einen Zweifel darüber, ob er sui oder alieni iuris sey, beschränkt[6]). Sein Grund, daß die über das Privilegium sich äußernden Stellen nur einen solchen Zweifel anführen, kann nichts beweisen, da hier, wie auch sonst so oft, ein allgemeiner Satz blos auf eine Art der mangelnden Rechtsfähigkeit angewandt wird; zur Erläuterung allgemeiner Rechtssätze wählte man gerne Beispiele, welche am häufigsten vorkamen, unläugbar aber wird ein Zweifel über das Vorhandenseyn der Familienabhängigkeit sich öfter finden, als darüber, ob man frei sey, oder nicht. Wären dergleichen Argumentationen zuläßig, so würden wir überhaupt keine allgemeinen Rechtsregeln aus den besonderen Erbscheidungen einzelner Fälle abstrahiren dürfen. Ueberall nicht hieher gehörig sind aber die Stellen (worauf v. B. sich ebenfalls bezieht), nach welchen nur eine minima capitis diminutio des Soldaten das einmal angefertigte Testament bestehen läßt[7]). Darin liegt im Grunde nur die Anwendung einer auch für Nichtsoldaten geltenden Regel, daß nämlich minima capitis diminutio das gültig (also über ein peculium castrense und quasi castrense) errichtete Testament eines Haussohns nicht aufhebt, indem natürlich eine solche Capitisdeminution keinen Einfluß äußern kann auf ein

6) Juristische Abhandlungen. S. 398. ff.

7) L. 22. D. h. t. §. 5. J. h. t.

Digitized by Google

Testament, dessen Rechtsbestand von Familienunabhängigkeit überhaupt nicht abhängt [8]).

Regelmäßig also ist das Recht eines Soldaten zum Testiren denselben Beschränkungen unterworfen, wie das eines Nichtsoldaten, und nur über sein freies Peculium darf er testiren [9]), so daß in dieser Hinsicht der Unterschied zwischen einem miles und Paganus sich großen Theils auf die Befreiung von Beobachtung der positiven Rechtsvorschriften über Form und Inhalt der Testamente beschränkt. Nur eine Stelle könnte auf den ersten Anblick Zweifel dagegen erregen [10]). Nachdem nämlich der Kaiser erklärt hat, daß das Privilegium denen nicht zu Statten komme, welche sich nicht im Kriege befinden, fährt er also fort: Sed testari quidem, *etsi filifamilidrum sunt, propter militiam conceduntur*, jure tamen communi; eadem observatione et in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus." Allerdings ist die herausgehobene Aeußerung zweideutig genug; hält man damit indessen die Stellen zusammen, welche ganz ausdrücklich das Testamentsrecht eines in väterlicher Gewalt stehenden Soldaten auf sein freies Peculium beschränken, so leidet es keinen Zweifel, daß der Kaiser sagen will: Haussöhne haben die Befugniß zu testiren zwar ebenfalls

8) L. 6. §. 13. D. *de injusto test.* (XXVIII. 3.). — Vergl. unten §. 1478.

9) Pr. J. *quib. non est permiss. facere testamentum.* — Vergl. L. 18. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) L. 18. pr. D. *de stipulat. servor.* (XLV. 3.) — S. Bd. 34. d. Comment. §. 1407. a. S. 102—119.

10) Pr. in f. J. *h. t.*

Digitized by Google

der militia zu danken, indem sie sonst kein peculium castrense haben könnten, allein so soll die Beschränkung des militärischen Testamentsprivilegiums nicht verstanden werden, daß dieselben überhaupt nur in expeditione testiren dürfen. Sie können vielmehr allenthalben ihr Testament errichten, nur sind sie, wenn sie sich nicht im Kriege befinden, dabei an die gemeinrechtlichen Erfordernisse gebunden [11]).

Auf das militärische Testamentsprivilegium nun haben

a) in der Regel nur die wirklichen Soldaten einen Anspruch. Das Privilegium beginnt erst mit dem wirklichen Eintritt in den Dienst und dauert bis zur Verabschiedung. Ausgeschlossen sind mithin die Rekruten — tirones, in numerum nondum relati, die noch nicht förmlich Einregistrirten [12]), sowie die Verabschiedeten, wenn sie auch die Rechte der Veteranen genießen, also nicht schimpflich entlassen sind [13]). Die Offizialen der

11) S. Vinnius ad pr. J. *h. t.* Nr. 6.

12) L. 42. D. *h. t.* — Wird ein Soldat von einem Regiment versetzt, so behält er sein Privilegium, wenn er gleich in die Liste des anderen Regiments noch nicht eingetragen ist. L. un. §. 2. D. *de bon. poss. ex test. milit.* (XXXVII. 13.)

13) §. 3. J. *h. t.* L. 46. pr. L. 92. D. *ad Leg. Falcid.* L. 20. pr. L. 21. in f. D. *h. t.* — Hier findet sich die Bestimmung, daß Heerführer und Andere, welche bereits ihren Abschied erhalten haben, aber noch bis zum Eintritt ihres Nachfolgers im Lager bleiben, während dieser Zeit nicht militärisch testiren dürfen. — Ueber die verschiedenen Arten der Verabschiedungen (missiones honestae, causariae und ignominiosae) und über die Rechte der Veteranen s. Bd. 31. d. Comment. §. 1355. m. S. 411 bis 448.

Digitized by Google

Magistratur und Behörden (apparitores, executores litium u. A.), wenn sie gleich auf militärische Art bewaffnet und in Corps eingetheilt wären, hatten ebenfalls das Privilegium nicht [14]). Nach römischem Recht kann es daher auch von der Polizei- und Landmiliz (Gensdarmerie) nicht in Anspruch genommen werden. Doch sind hierbei, wie überhaupt in Ansehung dieses Privilegiums und der dazu berechtigten Personen, die Vorschriften der Particularrechte zu berücksichtigen [15]). Seesoldaten, und sogar die auf der Flotte dienenden Matrosen und Ruderknechte, sind eben so gut, wie die in der Landarmee dienenden Soldaten militärisch zu testiren befugt [16]).

b) Daß Justinian dies Recht auf die im Kriege befindlichen Soldaten einschränkte, wurde in dem vorigen §. ausgeführt. Häufig nimmt man an, daß auch die in den Winterquartieren stehenden Soldaten militärisch testiren können [17]). Aus Justinians Gesetz ist dies sicher nicht zu rechtfertigen [18]). Denn offenbar will der Kaiser, daß Soldaten auf gewöhnliche Art (jure communi) testiren sollen, wenn sie ruhig an einem Orte leben, wo ihnen die Beobachtung der gesetzlichen Vor-

14) L. 16. C. *h. t.*

15) So fordert namentlich das preuß. Landr. nicht, daß man als eigentlicher Soldat in die Listen eingetragen sey, sondern gesteht auch den Volontärs das Testamentsprivilegium zu; Th. I. Tit. XII. §. 181.

16) L. un. §. 1. D. *de bon. poss. ex test. milit.*

17) S. Pufendorf observ. jur. univ. T. III. obs. 187. §. 4. Wening Lehrb. Bd. III. §. 481. (122.)

18) Das preuß. Landr. a. a. O. §. 179. läßt das Privilegium freilich auch hier gelten.

Digitized by Google

schriften eben so gut, wie Andern möglich ist [19]). Auch sollen ja nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nur die milites in expeditionibus occupati das Privilegium haben, darunter wurde jedoch der Aufenthalt in den Winterquartieren (hyberna) nicht verstanden [20]). Für folgende Fälle kann dagegen das Privilegium angenommen werden: 1) wenn die Armee auf dem Marsche begriffen ist. Denn es ist ja nicht gesagt, daß nur im Feldlager oder in der Schlacht militärisch testirt werden könne. Auch der gegen den Feind marschirende Soldat ist in expeditione; blos das ruhige Verweilen an einem Orte „intra expeditionum necessitatem" schließt aber das Privilegium aus (s. Note 19). Es wird daher das auf dem Marsche errichtete militärische Testament auch alsdann gelten müssen, wenn es gar nicht zur Schlacht kommen sollte [21]). 2) Wenn nicht wider einen auswärtigen Feind, sondern wider Aufrührer oder Räuber marschirt wird. In dem einen wie in dem anderen Falle ist der Soldat in expeditione occupatus [22]). 3) Wenn ein schwer verwundeter Soldat nach einem anderen Orte transportirt wird. Droht ihm auch hier keine augenblickliche Gefahr, so kann doch ein solcher Aufenthalt und in einer solchen Lage nicht mit dem in der Garnison oder in Winterquartieren verglichen werden; die gesetzliche Beschränkung ist also weder ihrem

19) Pr. J. h. t. verb. *Illis autem temporibus* cet.

20) S. die Note 92. des vorigen §. und den dazu gehörigen Text.

21) Pufendorf l. l. §. 3. 6.

22) Pufendorf l. l. §. 5.

Digitized by Google

Grunde noch ihren Worten nach hier anwendbar [23]). 4) Wenn sich der Soldat in einer belagerten Festung befindet [24]).

Eine andere Frage ist: ob die Beschränkung nicht überhaupt blos auf die Form gehe, in Ansehung des Inhalts aber dem Soldaten sein früheres Recht ungeändert geblieben sey, wo er sich auch aufhalten möge? Dies behaupten Manche [25]) und in der That fehlt es dafür nicht an Gründen. Erstlich kann man sich darauf berufen, daß das Privilegium mit der Unkunde und Unerfahrenheit der Soldaten in juristischen Dingen in Verbindung gebracht wird; ob der Soldat sich aber in der Garnison aufhält oder im Feldlager, kann hierin nichts ändern. Sodann ist in dem Pr. J. *h. t.* ausdrücklich nur die Rede von äusseren Testamentsformen, welche den Soldaten erlassen seyen, jedoch nach dem Gesetze Justinians nur den in expeditione befindlichen. — Indessen der erste Grund würde zu viel beweisen. Zwar tritt für die Nichtbeobachtung der äusseren Form während des Kriegs und der Schlacht noch ein besonderer Grund hinzu, nämlich die Schwierigkeit ihrer Anwendung. Allein das Mißverhältniß zwischen jenem Grunde und Justinians Neuerung ist stets in gleichem Maaße vorhanden, man mag die Beschränkung ganz allgemein

23) Struv Usus modern. Pand. *h. t.* §. 4. (Erläutert durch einen Rechtsfall.)

24) Hofacker Princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1369. Nr. II.

25) Z. B. *B. J.* Hommel (Pr. *F. A.* Hommel) D. de exigua differentia inter testamentum militis et pagani in hostico conditum. Lips. 1728. §. 23. Mahn a. a. O. S. 23. fg.

Digitized by Google

verstehen, oder nur auf die Form beziehen; dem, der das Recht nicht kennt, verschafft auch der Aufenthalt ausser dem Lager keine Kenntniß der formellen Erfordernisse eines Testaments. Aehnliches läßt sich auf den zweiten Grund erwiedern. Legte man auf ihn ein besonderes Gewicht, so würde daraus gefolgert werden können, daß das Privilegium überhaupt nur auf die Form gegangen sey. Wir dürfen also die Erwähnung der äusseren Solennitäten nur als Beispielsweise geschehen annehmen, veranlaßt durch den Inhalt des unmittelbar vorausgehenden Titels, auf den der Kaiser sich auch bezieht. („*Supra dicta diligens observatio* in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam — remissa est"). Ausser Zweifel wird dies aber durch die in dem §. 6. J. *de exhered. liberar.* sich findende Entscheidung gesetzt, daß ein Soldat, welcher *in expeditione occupatus* testire, nicht nöthig habe seine Kinder zu enterben[26]).

Hiernach läßt sich denn Justinians Ansicht der Sache so auffassen: der Grund des militärischen Testamentsprivilegiums ist allerdings nicht blos in den Gefahren, denen die Soldaten für das öffentliche Wohl ausgesetzt sind, sondern auch in ihrer Rechtsunerfahrenheit zu suchen. Indessen darf man ohne Verletzung der Billigkeit wohl verlangen, daß der Soldat, während er ruhig an einem Orte verweilt, wo er rechtlichen Rath und Beistand erhalten kann, sich desselben bei Geschäften von Wichtigkeit auch bediene, wie dies Andere, welche keine juristische Kenntnisse besitzen, ebenfalls thun müssen.

c) Weiter noch geht die Notariatsordnung Maximi-

26) Vergl. Höpfner Comment. §. 453. a. E.

Digitized by Google

liams I. v. J. 1512, worin sich (Tit. von Testamenten §. 2.) Folgendes bestimmt findet: „— von Rittern die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf Zween. Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohn alle Solennität oder Form und wie sie wollen. Jedoch die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Feld liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen". — Daß unter Rittern hier milites zu verstehen seyen, ist nicht zu bezweifeln; der Gesetzgeber spricht an dieser Stelle auch noch von anderen privilegirten Testamenten (von dem Testamente der Bauersleute und dem test. parentum inter liberos), seine Absicht war also offenbar darauf gerichtet, zu einigen dem röm. Recht bekannten Testamenten dieser Art bestätigende oder modifizirende Bestimmungen zu geben [27]). — Der Inhalt der Stelle selbst ist an sich klar. Die Notariatsordnung unterscheidet drei Fälle, neu ist indessen nur die Bestimmung, daß der Soldat, welcher im Felde, aber nicht in der Schlacht begriffen sey, vor mindestens zwei Zeugen sein Testament errichten müsse. Wer nicht zu Felde ist, muß nach gemeinen Rechten testiren; darunter sind alle zu verstehen, von denen auch Justinian bestimmt, daß sie an die gemein-

27) Madihn a. a. O. S. 21. ist der Meinung, daß die Not. C. nur von eigentlichen Rittern sprechen, mithin für die zum stehenden Heere gehörigen Soldaten das Justinianische Recht unabändert geblieben sey. S. dagegen Höpfner Comment. §. 453. Not. 5. und Hagemeil Diss. I. §. 13. a. E. p. 28. Auch Roßhirt Testament. Erbr. I. S. 509. fg. Nr. II., welcher übrigens glaubt, daß nur das Recht der Offiziere eingeschränkt sey.

Digitized by Google

rechtlichen Erfordernisse gebunden seyen, weshalb denn der Soldat im Kriege, wenn er sich nicht gerade im Feldlager oder in der Schlacht befindet, doch jedenfalls vor zwei Zeugen testiren kann[28]). — Uebrigens findet sich dieser Unterschied zwischen Soldaten die im Felde und solchen die in der Schlacht testiren in schon der Accursischen Glosse[29]), deren Urheber ihn also im römischen Rechte anzutreffen glaubten, und es ist sehr wahrscheinlich, daß daraus die Bestimmung der Notariatsordnung hervorgegangen ist[30]), welche ja überhaupt sich größtentheils auf Wiederholung der römischen Testamentserfordernisse beschränkt.

d) Dagegen ist das Privilegium auch den in hostico oder hosticolo testirenden Nichtsoldaten zugestanden[31]);

28) *A.* Gail observ. pract. Lib. II. obs. 118. Nr. 1—6.

29) Gl. Acc. *hominibus* ad §. 1. J. *h. t.* „Saltem duobus —, hoc est, *quando in tentorio; si autem in conflictu belli, nullo etiam teste vocato.*“ — Es läßt sich von selbst erwarten, daß Andere diese falsche Meinung der Glosse nachgesprochen haben. Mit Unrecht nennt man unter diesen aber auch H. Donellus (s. die folg. Note), welcher von zwei Zeugen nur in Beziehung auf den Beweis eines mündlichen Testaments spricht.

30) Vergl. Höpfner Comment. §. 459. a. E. und Not. 2.

31) Mehr hierüber außer der oben (Not. 25) angef. Dissert. von *F. A.* oder *B. J.* Hommel: *F. C.* Harprecht Diss. I. et II. de testamento Pagani in hostico condito. (Dissertt. academ. Vol. I. Nr. 48. 49.) *C.* Rau (resp. *Petermann*) Diss. de discrimine inter testamentum militare et testamentum Pagani in hostico condit. Lips. 1783. Haenel Diss. II. cit.

Digitized by Google

man nennt ein solches Testament auch test. quasi militare. Wir haben hierüber zwei Pandektenstellen, beide von Ulpian und aus dem fünfundvierzigsten Buche des Commentars über das Edict genommen: die L. ult. (44.) h. t. und die L. un. pr. *de bonorum poss. et test. milit.* (XXXVII. 13.). An der ersten Stelle wird hostico gelesen, an der zweiten (wo sich der Ausdruck zweimal findet) hat die Florentine hosticolo, wobei noch von späterer Hand die Silbe *co* über die Zeile geschrieben ist, wohl um anzudeuten, daß hostico loco zu lesen sey. Diese Lesart, häufiger aber noch hostili loco, findet sich auch in anderen Handschriften; Haloander liest hostico [32]). Dem Sinne nach ist dies einerlei. Hosticum ist hier soviel als hostilis locus, oder hosticus locus, d. h. buchstäblich: Feindes-Land [33]).

32) Vergl. die Not. 1. zu dieser Stelle in der Gebauer'schen Ausg. Die Flor. Lesart vertheidigen auch Noodt probabil. jur. civ. Lib. II. c. 4. (opp. T. I. p. 36.) und Bynkershoek observ. jur. Rom. Lib. IV. obs. 20. Die Basiliken (Tom. IV. p. 817. ed. *Fabr.*) interpretiren (nach der latein. Uebersetzung) hostico loco.

33) Nur dann käme die Verschiedenheit der Lesart in Betracht, wenn etwa blos gesagt wäre: ratas esse voluntates eorum, qui in hostico suprema judicia sua quocunque modo ordinassent. — Hosticum würde hier die Feldmusik oder den Schlachtgesang bedeuten können, womit das Heer sich auf den Feind stürzt. (Varro de lingua lat. Lib. V. in f. in den Anott. lat. ling. p. 44. Forcellini Lex. v. *hosticum canere.*) Das in hostico testamentum condere würde alsdann ein leicht zu erklärender bildlicher Ausdruck seyn, ähnlich dem: testamentum in procinctu. Unbedenklich dürfte man

Digitized by Google

Allein es ist unmöglich, dies buchstäblich zu verstehen. Denn sonst müßte ja Jeder, welcher sich im feindlichen Lande befände, militärisch testiren können, umgekehrt würde dies für einen Paganus auch während der größten Gefahr nicht möglich seyn, wenn die Armee sich nicht gerade in Feindes Land befindet. Offenbar ist es aber die nahe, dringende Gefahr, welche die Beobachtung der gesetzlichen Formen meistens nicht zulassen wird, wodurch man zu der Ausdehnung des Rechts auf Nichtsoldaten bestimmt wurde. Dafür hat sich auch von jeher die Mehrzahl der neueren Juristen entschieden[34]), und es wird im Grunde nur ein und derselbe Gedanke ausge-

in diesem Falle die Lesart in hosticolo verwerfen, welche ja ohnehin nur die Autorität der zweiten Stelle Ulpians für sich hat. Indessen passen hiezu andere Aeußerungen nicht, — z. B. si in hostico deprehendantur, et illic decedant. Das Resultat kann auch hier kein anderes seyn, wie wenn dem Worte hostico die obige Bedeutung beigelegt werden könnte; allein es würde sich in diesem Falle ohne alle Schwierigkeit ergeben.

34) M. s. Harprecht Diss. II. §. 64. sqq. Haenel Diss. II. 4. und die von Beiden angeführten Schriftsteller. Abweichend sind Hommel und Rau l. l. laudatt. Sie glauben, daß hosticum eben nur das bedeutet, was in expeditione esse. Aehnliche Ansichten finden sich schon bei früheren Juristen, und auch Hellfeld schließt sich diesen an. S. dagegen Harprecht §. 60. sqq. u. Haenel a. a. O. Am besten wird jene Ansicht durch Ulpian selbst widerlegt, welcher in hostico durch in procincta versari erklärt, was doch offenbar mehr sagt, als in expeditione esse; L. un. pr. D. *de R. P. ex test. milit.*

Digitized by Google

drückt, wenn der Eine das *in hostico* erklärt alles in procinctu et acie, der Andere: in ipso vitae discrimine, oder in actu bellandi u. dergl. m.[35]). Wie dies in dem Worte liegen könne? darüber lassen sich freilich nur Vermuthungen aufstellen. Man kann sagen: in der Schlacht befindet Jeder sich auf feindlichem — auf dem vom Feinde betretenen — Boden; oder: wo man mit dem Feind kämpft, da ist feindlicher Boden[36]). Genug, es wird dadurch auf eine gegenwärtige Gefahr hingedeutet, so daß mithin das Privilegium der Soldaten und der in hostico testirenden Pagani sich sehr bestimmt unterscheiden läßt[37]). Freilich tritt dieser Unterschied durch die Bestimmung der Notariatsordnung etwas zurück, indem jetzt auch nur die in hostico testirenden Soldaten von aller Form entbunden sind; immer aber bleibt die Verschiedenheit, daß der Soldat auf dem Marsche, im Feldlager, kurz, wenn er zwar in expeditione, allein nicht in der Schlacht sich befindet, jedenfalls vor zwei Zeugen testiren kann, wogegen der Paganus in einer solchen Lage überall kein Privilegium hat[38]). Auch verliert das in hostico von einem Nichtsoldaten errichtete Testament sofort seine Kraft, wenn der Testirer nicht

35) S. z. B. *Fr.* Connanus comment. jur. civil. Lib. IX. cap. 5. nr. 10. *Fr.* Duarenus Comment. in Dig. *h. t.* §. *Quintum exemplum* und andere von Harprecht §. 65. sq. angeführte Schriftsteller.

36) Andere sagen: es sey der Ort, in quo milites eo fine sunt congregati, ut hostilem pugnam dent. S. Harprecht §. 68.

37) Haenel in der angef. zweiten Diss. §. 4. p. 25. sqq.

38) Haenel Diss. cit. §. 7. p. 42. sq.

Digitized by Google

daselbst auch stirbt [39]), oder wenn auch an einem anderen Orte, doch an den Folgen einer dort empfangenen tödtlichen Wunde [40]): wogegen das Testament eines Soldaten während seiner ganzen militärischen Laufbahn und noch ein Jahr nach seiner Entlassung gilt (siehe unten zu 1478.). — Ob übrigens die Testirenden sich in einem Land- oder Seetreffen befinden, ist natürlich einerlei [41]).

Zweierlei ist indessen hier noch etwas genauer zu betrachten: Erstlich, ob das Privilegium der in hostico Testirenden allen und jeden in der Schlacht befindlichen Personen, oder nur denen zugestanden werden könne, die sich hier ihres Berufes halber, oder wenigstens mit Vorwissen und Genehmigung des Vorgesetzten bei der Armee aufhalten? Zweitens, ob dies Privilegium nur auf die Form, oder (wie bei den Soldaten) auch auf die sonstigen Bedingungen eines rechtsgiltigen Testaments gehe?

1) Nicht wenige Juristen behaupten, daß diejenigen, welche nur durch Zufall in eine solche Lage gerathen sind,

39) L. ult. D. *h. t.* L. un. pr. D. *de B. P. ex test. milit.*

40) Harprecht (l. l. §. 96. sq.) u. A. machen dies noch davon abhängig, daß der Testirer nicht mehr im Stande war, unter Beobachtung der gemeinrechtlichen Erfordernisse ein Testament zu errichten. Indessen wenn einmal zugegeben wird, daß die Worte: si in hostico deprehendantur *et illic decedant* nicht streng buchstäblich zu nehmen seyen (worin Alle und zwar mit Recht einverstanden zu seyn scheinen, s. auch Haenel l. l. §. 5. a. E.), so darf man keine Beschränkung hinzufügen, welche alle sichere Anwendung so gut wie aufhebt.

41) Harprecht l. l. §. 69.

Digitized by Google

oder etwa durch Neugierde zur Theilnahme an der Schlacht getrieben wurden, kurz die ohne irgend einen Beruf sich hier aufhalten, auf das Privilegium keinen Anspruch zu machen haben [42]). Sie beschränken also dies Recht auf die Personen, welche ohne Soldaten zu seyn, doch dem Heere zu folgen pflegen, z. B. Auditeurs und deren Gehilfen, Feldärzte und Wundärzte, Feldprediger, Proviantmeister, Lieferanten und Marketender; in Ansehung der zuletzt Genannten unterscheiden Manche noch solche, welche förmlich hiezu angestellt sind, und die ohne öffentlichen Auftrag, blos durch die Aussicht auf Gewinn dazu getrieben, dem Heere folgen, und wollen nur Jenen das Privilegium zugestehen [43]). Ferner fragt man, ob auch den Weibspersonen, welche nicht ihres Berufs wegen (z. E. als Marketenderinnen oder Wäscherinnen) sich bei der Armee befinden, dies Recht haben, wobei denn wieder unterschieden wird zwischen den Ehefrauen der Soldaten und anderen Weibern (die der Unzucht wegen oder als Beischläferinnen — focariae — einzelner Soldaten)

42) So Hofacker princip. u. s. w. §. 1368. Nr. 1. Haenel Diss. cit. §. 2. und die angeführten Schriftsteller. *M. G.* Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. §. 5. Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. §. 1368. Nr. b. Thibaut Pand. §. 842. Haenel Diss. cit. §. 2. und die das. angef. Schr. Schweppe das Röm. Privatr. Bd. V. §. 784. (Ausg. von Mejer). Mackeldey Lehrb. §. 644. (d. n. A.) Hartitzsch Erbrecht §. 401.

43) Haenel l. l. p. 11. — Von den älteren Juristen s. man die bei Harprecht angeführten Diss. I. §. 3. Er selbst vertheidigt die entgegengesetzte Meinung.

Digitized by Google

dem Heere folgen, dergestalt, daß blos die ersteren, und auch diese nur, wenn ihnen erlaubt oder doch wenigstens unverboten ist ihren Männern zu folgen, das Privilegium in Anspruch nehmen dürfen [44]). Es fehlt aber auch nicht an Juristen, welche den bei der Armee befindlichen Soldatenfrauen das nämliche Recht zugestehen, wie den Soldaten selbst, so daß dieselben auch auf dem Marsche oder im Lager privilegirt testiren könnten [45]). Diese letztere Meinung ist ganz gewiß falsch; die Stellen, worauf man sich hierbei bezieht, gewähren nur den Soldatenfrauen, welche ihre, Dienstverhältnisse halber vom Hause abwesenden, Männer begleiten, das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, worauf die zum Besten des Staats Abwesenden Anspruch zu machen haben [46]). Dagegen fragt es sich: ob für das Recht, in hostico zu testiren, die obigen Distinctionen überhaupt von Einfluß sind?

Diejenigen, welche das Recht auf die ihres Berufs wegen bei der Armee befindlichen Personen einschränken, beziehen sich erstlich darauf, daß den Soldaten dies Vorrecht wegen der Gefahren, denen sie durch ihren Beruf (officium publicum) ausgesetzt sind, gegeben sey. Wenn daher auch als Grund der Ausdehnung die gleiche Gefahr der Pagani angegeben werde („quum, qui in procinctu versantur, eadem pericula experiantur", wie es in

44) Haenel l. l. §. 2. p. 14—18.

45) So Leyser meditt. ad Pand. Sp. 366. Num. 2.

46) L. 1. et 2. Cod. *de uxorib. militum et eorum, qui reipublicae causa absunt.* (II. 58.). — S. Harprecht Diss. I. §. 42.

Digitized by Google

L. un. de B. P. ex test. milit. heißt), so erfordere doch die Consequenz, das Recht der Soldaten Keinem zuzugestehen, der nicht Kraft seines Berufs bei der Armee sey. Zweitens heiße es in der L. ult. D.: „Rescripta principum ostendunt, omnes omnino, *qui ejus sunt gradus*, ut jure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, et illic decedant, quomodo velint et quomodo possint testari, *sive Praeses sit provinciae*, sive quis alius, qui jure militari testari non potest.“ Der Ausdruck grádus (Rang oder Stufe) sowohl, als das gewählte Beispiel (sive Praeses sit provinciae) deute darauf hin, daß die von Ulpian erwähnten kaiserlichen Rescripte sich nur auf Personen, die im öffentlichen Amte standen, bezogen hätten. Und eine gleiche Hinweisung sollen auch die Worte der zweiten Stelle (L. un. cit.) enthalten: „Quamquam enim distet conditio militum ab his personis, quas constitutiones principales separant, tamen qui in procincta versantur, quum eadem pericula experiantur, jura quoque eadem merito sibi vindicant.“ Das heiße: die kaiserlichen Constitutionen unterscheiden zwar sehr bestimmt diejenigen, welche sich vermöge ihres Berufs, oder in Erwartung ihres Nachfolgers, bei der Armee aufhalten, von dem eigentlichen Militär, indem sie ihnen die Privilegien der Soldaten nicht zugestehen[47]); theilen dieselben indessen die Gefahren der Soldaten, so mögen auch sie testiren, wie sie wollen und können[48]). Nun kann man allerdings zuge-

47) S. z. B. L. 20. pr. D. *h. t.* L. 16. C. *h. t.*

48) S. Hasnel p. 10—14. Doch gesteht dieser Schriftsteller den Ehefrauen der Soldaten, die sich nicht etwa verbotswidrig bei der Armee aufhalten, das Privilegium zu.

Digitized by Google

ben, daß die Rescripte durch Fälle dieser Art veranlaßt wurden. Allein daß man sich bei ihrer Interpretation lediglich an den Grund hielt: wer in gleicher Gefahr mit den Soldaten ist, kann ohne Beobachtung der gemeinrechtlichen Erforderniße testiren, hat gewiß die überwiegenden Gründe für sich. Omnes omnino, qui jure militari testari non possunt, mithin alle und jede, welche das militärische Testamentsprivilegium nicht haben, heißt es an der ersten Stelle, können in hostico testiren, wie sie wollen und können. Und die zweite Stelle beginnt mit dem allgemeinen Satz: „*Non dubium est*, quin debeant ratae voluntates esse eorum, qui in hosticolo suprema judicia sua quoquo modo ordinassent, ibidemque diem suum obiissent.“ Darauf folgt der oben angeführte Grund, und am Schluße heißt es wieder: „*Omnes* igitur *omnino, qui ejus sunt conditionis, ut jure militari testari non possint*, si in hostico deprehendantur et illic decedant, quomodo velint et quomodo possint, testabuntur, sive Praeses quis sit provinciae, sive legatus, *sive quis alius*, qui jure militari testari non potest.“ Hier ist in allen Theilen der Ausdruck so allgemein gehalten, daß eine Beschränkung auf die Personen, welche durch Beruf oder Auftrag bei der Armee sind, höchst willkührlich erscheinen muß; Viele, besonders unter den neueren Juristen, erklären sich daher für die Anwendung dieses Rechts auf Alle, die während der Schlacht testiren[49]). Nur die Einschränkung

49) Harprecht l. l. §. 31. 34. 45. Höpfner Comment. §. 456. Guenther princip. §. 777. II. 2. Warnkönig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 993. Meine Pand. §. 695. a. E. Wening Lehrb. §. 481. (122.)

Digitized by Google

läßt sich rechtfertigen, daß Personen, welche ungeachtet eines Verbots oder unerlaubter Zwecke wegen der Armee folgen, von dem Vorrecht ausgeschlossen seyen. So würden ohne Zweifel römische Gesetzgeber und Juristen entschieden haben, wenn sie den Fall vor Augen gehabt hätten; es wäre wenigstens höchst seltsam, dem gesetzwidrig Handelnden ein Privilegium in Beziehung auf eine Lage zuzugestehen, die er durch seine unerlaubte Handlung selbst herbeigeführt hat[50]).

2) Geht das Privilegium der in hostico testirenden Nichtsoldaten blos auf die Form, oder auch, wie bei Soldaten, auf die sonstigen Erfordernisse eines rechtsgiltigen Testaments? Unläugbar spricht für letzteres ebenfalls der allgemeine Ausdruck obiger Stelle. **Quomodo velint, et quomodo possint testabuntur** heißt es in beiden Stellen. Nicht wenig Juristen sind daher der Meinung, daß das militärische Testamentsprivilegium hier vollständig zur Anwendung kommen müsse[51]). Indessen ist zuvörderst zu berücksichtigen, daß der allgemeine Ausdruck keineswegs mit logischer Nothwendigkeit auf dies Resultat führt. Wenn der Jurist sagt: Alle und Jede, die sich in gleicher Gefahr mit den Soldaten befinden, können wie diese testiren, so ist dadurch in Hinsicht auf die berechtigten Subjecte jedenfalls eine Regel anerkannt, die zwar Ausnahmen

Haimberger Röm. Privatr. §. 352. Göschen Vorlesungen über das gem. Civilr. Bd. III. 2. §. 896.

50) S. Harprecht Diss. cit. §. 47.

51) S. z. B. Harprecht l. l. §. 52. p. 1820. sqq. (wo auch noch mehrere Mittelmeinungen recensirt werden). Thibaut und Wenitz a. a. O.

Digitized by Google

zuläßt, soferne diese aus besonderen Gründen zu rechtfertigen sind, an und für sich aber unbeschränkt gelten muß. Allein die Worte quomodo velint et possint testabuntur können ohne sprachwidrige Beschränkung sehr wohl blos auf die Form bezogen werden. Es fragt sich daher nur, ob Gründe für die Annahme einer solchen Restriction vorhanden sind? und daran fehlt es gewiß nicht. Das Privilegium der Soldaten wird nicht blos darauf gestützt, daß sie während der Schlacht außer Stand seyen, die gesetzlichen Vorschriften zu beobachten, sondern auf ihre präsumtive Rechtsunwissenheit, nur ist dies durch Justinian dahin beschränkt, daß sie, wenn sie in der Lage waren einen Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen, sich auf ihre Rechtsunwissenheit nicht berufen dürfen. Für Nichtsoldaten dagegen wird lediglich die mißliche Lage, worin sich Jeder im Schlachtgewühl befindet, als Grund des Privilegiums angegeben. Was hat aber dies mit solchen Erfordernissen eines Testaments zu thun, welche sich nicht auf die Form beziehen? Warum soll z. B. der Testirer hier nicht eben so gut sich seiner Fähigkeit zum Testiren bewußt, — nicht eben so gut seiner Notherben eingedenk seyn, wie an jedem anderen Orte? Ueberdies ist bei jura singularia im Zweifel stets die Wortbedeutung anzunehmen, welche sich am wenigsten von dem jus commune entfernt; nur willkührliche und sprachwidrige Einschränkungen darf sich der Interpret nicht erlauben, das geschieht ja aber keineswegs, wenn man die Aeußerung: wie sie eben können und wollen auf die formellen Erfordernisse bezieht. Aus diesen Gründen darf man sich denn wohl für die Beschränkung erklären[52].

52) Diese Meinung vertheidigen Hommel. Diss. cit. §. 23. sqq.

Digitized by Google

§. 1476

Privilegium der Soldaten in Ansehung der Rechtsform.

Die Testamente Derer, welche militärisch zu testiren befugt sind, bedürfen nach Röm. Recht überall keiner Rechtsform; es genügt jede verständliche Willenserklärung, wenn sie nur erweislich ist und über die ernstlich gemeinte Absicht des Testirers kein Zweifel Statt findet[53]). Er kann sich daher auch der sonst unzulässigen Zeichensprache (notae) bedienen[54]), ja wenn etwa ein verwundeter Soldat seinen letzten Willen mit Blut auf seinen Waffen, oder mit seinem Schwerdt im Staube andeutete, so würde dies ein rechtsgiltiges Testament seyn[55]). Von selbst versteht sich übrigens, daß nicht die bloße Absicht entscheidet, sondern diese auch ausgeführt seyn muß. Dagegen kommt nichts darauf an, ob

welcher freilich der Meinung ist, daß ein Soldat nicht blos in expeditione, sondern auch bei einem ruhigen Aufenthalte in der Garnison und an a. O. von den s. g. solennitates internae entbunden sey. S. über diese Meinung oben den Text zu den Noten 25 und 26 dieses §.) Hofacker Princ. j. civ. Rom. G. §. 1368. Nr. II. Guenther princ. jur. R. priv. hor. §. 777. Nr. II. B. Haenel Diss. II. §. 6. (p. 33. sqq.) §. 7. p. 41. u. A.

53) Von dem letzten Erfordernisse (L. 24. D. u. §. 1. J. *h. t.*) ist oben (§. 1474. zu den Noten 71—78) bereits ausführlich gehandelt.

54) L. 40. pr. D. *h. t.* (Vergl. L. 6. §. 2. D. *de bon. poss.* Cujacius Lib. III. obs. 3. u. Bd. 34. d. Comment. §. 1415. S. 400—402.)

55) L. 15. C. *h. t.*

der Testirer gerade in der Form, wie er es beabsichtigte, seinen letzten Willen kund gegeben hat, wenn nur fest steht, daß die von ihm ausgesprochene Erklärung sein Testament seyn sollte. Darum gilt das Testament, wenn er die Absicht hegte, nach gemeinrechtlichen Vorschriften zu testiren, diese Form sich aber nicht beobachtet findet. Es darf deshalb noch nicht angenommen werden, er habe auf sein Recht, daß das Testament auch ohne Form gelten könne, verzichtet. Man wählt ja eine Form nicht deshalb, damit das Testament angefochten werden könne, wenn nicht alles, was hiefür das Gesetz erfordert, beobachtet ist, sondern damit es sicher bestehe; ist dies ohne die Form zu erreichen, so kann jene Absicht dem Rechtsbestande des Testaments auch nicht schaden [56]). Hieher gehört auch folgendes Responsum von Paulus [57]): „Lucius Titius miles notario suo testamentum notis scribendum dictavit, et antequam litteris perscriberetur [58]) vita defunctus est. Quaero, an haec dictatio valere possit? Respondi: militibus quoquo modo velint et quo modo possint testamentum facere concessum esse, ita

56) So argumentirt Ulpian in der L. 3. D. h. t. und erläutert seine Argumentation durch das Beispiel eines Testaments, dem die Codicillarklausel beigefügt ist. — Ueber abweichende Lesarten und einige grammatische Schwierigkeiten, die aber auf den Sinn dieser Stelle von keinem wesentlichen Einfluß sind, s. Schulting und Smallenburg not. ad Pand. T. V. p. 111.

57) L. 40. pr. D. h. t.

58) Diese Lesart (Haloandets u. A.) verdient offenbar den Vorzug vor der Florentinischen: *praescriberetur*.

Digitized by Google

tamen, ut hoc ita subsecutum esse, legitimis probationibus ostendatur". Die Absicht des Testirers, seinen Willen schriftlich abfassen zu lassen, war ausser Zweifel, aber sie wurde nicht ausgeführt, wenigstens nicht vollständig ausgeführt [59]). Paulus entscheidet: es komme Alles darauf an, ob die erfolgte Willenserklärung bewiesen werden könne; ist dies der Fall, so gilt das Testament, auch ohne niedergeschrieben worden zu seyn [60]). — Aus dem Grundsatz: der Rechtsbestand des militärischen Testaments ist nicht von rein juristischen Regeln, sondern lediglich von dem Willen des Testirers abhängig — schließt denn auch eben dieser Jurist [61]): „Miles si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quae profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet; nam militis testamentum sola perficitur voluntate. Quique plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur". — Testamentum imperfectum kann heißen: ein Testament, dem die gesetzlich vorgeschriebene oder beabsichtigte Form fehlt, aber auch ein in Ansehung des Inhalts und der Willenserklärung noch unvollständiges [62]). Hat es in

59) Dictare heißt zwar gewöhnlich: wörtlich etwas zum Niederschreiben vorsagen (dictiren). Es kann aber auch seyn: eine Erklärung aussprechen, damit hiernach ein Anderer einen schriftlichen Aufsatz abfasse, mithin soviel als suggerere. (S. Forcellini Lex. v. *dicto* §. *Translate*). In diesem Sinne scheint es hier verstanden werden zu müssen.

60) S. den Casus ad h. l. zur Accursischen Glosse.

61) L. 35. D. h. t. (Vergl. unten Note 64.)

62) Vergl. Bd. 38. d. Commentars §. 1426. S. 122. Nr. 4. §. 1430. S. 360. fgg. S. 450. fgg.

Digitized by Google

unserer Stelle beide Bedeutungen, oder nur eine derselben, und welche? Unstreitig kann der Ausdruck hier auch auf die erste Bedeutung bezogen werden und dann würde darin nur ein aus dem Grundsatz sich ganz von selbst ergebender Folgesatz liegen. Hiernach muß man selbst einen bloßen Testamentsentwurf als wirkliches Testament gelten lassen, wenn nur an der ernstlichen Absicht des Testirers, daß der Entwurf seinem Inhalte nach als Testament gelten solle, nicht gezweifelt werden kann; es fehlt ja nur die eigentliche Solennisirung, diese ist aber nach der ausdrücklichen Bestimmung Ulpians (in der L. 3. D. *h. t.*) nicht nöthig, selbst wenn sie vom Testirer beabsichtigt seyn sollte[63]).

Wie aber, wenn das Testament in Ansehung des Inhalts und der Willenserklärung unvollständig ist? — Wir müssen hierbei zwei Fälle unterscheiden:

a) Die Unvollständigkeit ist blos in Beziehung auf den Gegenstand der Verfügung vorhanden; also der Soldat hat nur über einen Theil seines Nachlasses disponirt. Da ein Soldat an die Regel: nemo pro parte testa-

63) Aber auch nur für das Testament eines Soldaten kann dies gelten. Hier ist Alles lediglich darauf gestellt, ob sich eine Aeußerung vorfindet, oder sonst nachweisen läßt, welche ihrem Inhalte nach als der letzte Wille des Soldaten anzusehen ist. Auf andere privilegirte Testamente ist dies nicht anzuwenden; hier wird es also in einem solchen Falle eben so gehalten werden müssen, wie wenn ein Testirer, welcher jure communi testiren muß, noch eine besondere Solennität wirklich beabsichtigt, seine Absicht aber nicht ausführt. Vergl. Bd. 38. d. Comment. §. 1430. S. 408 bis 411. und unten §. 1479. u. 1482.

Digitized by Google

tus pro parte intestatus decedere potest nicht gebunden ist (s. den folg. §. Nr. 3.), so muß eine solche Disposition immer insoweit gelten, als sie ausgesprochen ist. Hierauf kann es auch keinen Einfluß haben, daß er vollständig über seinen Nachlaß zu verfügen beabsichtigte; z. E. er wollte zwei Erben ernennen, es findet sich aber nur folgende Anordnung: ich setze 1) auf die Hälfte meines Nachlasses den Titius ein. Daß er dem genannten Erben die Hälfte der Erbschaft zuwenden wollte steht fest. Dies aber genügt, um die Disposition insoweit ins Leben treten zu lassen; der unausgesprochen gebliebene Theil der Verfügung kann freilich nicht ausgeführt werden, sondern für die andere Hälfte des Nachlasses tritt die Intestaterbfolge ein. Einen solchen Fall hatte Paulus ohne Zweifel vor Augen. Er unterstützt nämlich seine Entscheidung durch den Satz: Qui plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur. Der Soldat kann mehrere Testamente hinterlassen, die alle neben einander bestehen; soferne sie nichts Widerstreitendes enthalten (s. den folg. §. Nr. 4.). Wenn er daher zu verschiedenen Zeiten einzelne Dispositionen niederschreibt, so ist im Grunde jede derselben als ein besonderes Testament anzusehen. Hieraus schließt er denn, daß auch eine einzelne unvollständige Verfügung als ein rechtsgültiges Testament bestehe[64]).

64) Die Basiliken (welche übrigens, eben so wie Halsander, diese Stelle nicht Paulus, sondern Papinian zuschreiben), übersetzen die Schlußworte: wenn der Soldat Mehreres an verschiedenen Tagen niederschreibt, so scheint er öfter ein Testament über sein Gesammtvermögen (εἰς πᾶσαν τὴν οὐσίαν) zu errichten (T. IV. ed. Fabr.

Digitized by Google

b) Ist jedoch in anderer Hinsicht die Willenserklärung unvollständig (z. B. der Testirer wollte mehrere Erben einsetzen, hat aber nur Einen genannt, ohne zu bestimmen, auf den wievielten Theil er eingesetzt seyn solle, oder es ist gewiß, daß er noch Bedingungen beifügen wollte), so kann die Disposition eben so wenig gelten, wie wenn ein Nichtsoldat ihr Urheber wäre [65]). Denn der Inhalt der Verfügung muß auch bei dem Testamente eines Soldaten feststehen, oder (wie es in der L. 40. pr. *h. t.* heißt): militibus quoquo modo velint et possint testamentum facere concessum est, ita tamen, *ut hoc ita subsecutum esse*, legitimis probationibus ostendatur [66]).

Eine Solennität ist also für das militärische Testament überall nicht erforderlich, sondern nur, daß das Daseyn einer letztwilligen Verfügung des Soldaten und ihr

p. 816.). Dadurch sollte entweder der Gedanke von Paulus ausgedrückt werden: Jede vereinzelte Disposition läßt sich als ein besonderes Testament ansehen, oder vielleicht wollte der Paraphrast auch sagen: auf diese Weise kann er durch verschiedene Testiracte nach und nach über sein ganzes Vermögen testiren.

65) Vergl. Bd. 38. S. 413—445. Nr. B. — In dem daselbst (S. 417) angenommenen Fall: wenn zwei Erben eingesetzt werden sollten, Einer indessen nur genannt, übrigens aber bestimmt ist, Beide sollten zu gleichen Theilen Erben seyn, — würde das Testament eines Soldaten bestehen, nämlich für den wirklich genannten Erben für die Hälfte des Nachlasses.

66) Vergl. Harprecht Disp. de testamento ratione voluntatis imperfecto. (Diss. acadd. Vol. I. Nr. 44.) §. 38.

Digitized by Google

Inhalt erwiesen werde. Testirt der Soldat schriftlich, ohne dabei Zeugen zuzuziehen, so kann die Aechtheit der Schrift anderweitig constatirt werden. Beim mündlichen Testament muß der Beweis zwar durch Zeugen geführt werden, welche die Erklärung gehört haben; indessen ist dabei weder irgend eine Form zu beobachten[67]), noch brauchen die Zeugen gerade Solennitätszeugen zu seyn, wenn sie nur Beweisfähigkeit haben, weshalb denn z. B. der Soldat vor zwei Frauenspersonen seinen letzten Willen wirksam erklären kann. Auch s. g. unitas actus ist insofern gewiß nicht nöthig, als dies Erforderniß sich lediglich auf den ununterbrochenen Zusammenhang der Testamentshandlung bezieht[68]). Eine andere Frage aber ist die: ob es genüge, wenn zwei oder mehr Zeugen aussagen, daß der Testirer sie einzeln mit seinem Willen bekannt gemacht

67) Daß seit dem Aufkommen des Privilegiums eine testium rogatio in der ehemaligen technischen Bedeutung des Worts bei dem Testamente eines Soldaten nie erfordert wurde, versteht sich von selbst; auch eine eigentliche Zusammenberufung von Zeugen zu diesem Zweck war nicht nöthig. (S. die oben §. 1474. zu den Noten 71—78 gegebene Erklärung von L. 24. D. *h. t.* Vergl. auch Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 3. und Haenel Diss. I. §. 15. p. 31. 32.) Jedenfalls muß sich aber die Erklärung als eine ernstlich gemeinte von blos zufälligen Aeußerungen bestimmt unterscheiden lassen. Allein mehr bedarf es hier auch nicht; es ist nicht einmal erforderlich, daß die Zeugen damit bekannt gemacht werden: es gehe hier ein Rechtsgeschäft vor, das sie bezeugen sollen — da sie eben nur die Qualität von Beweiszeugen haben. Vergl. Bd. 38. d. Comment. §. 1429. S. 285—287.

68) Vinnius ad pr. Jud. *h. t.* Nr. 1. Haenel Diss. II. p. 35.

Digitized by Google

habe? Es ist wohl ohne weitere Bemerkung klar, daß hierbei gar nicht die Rede ist von einem Solennitätserforderniß, sondern davon: ob dies zum vollen Beweise genügen könne? Das aber ist zu verneinen. Denn wenn man auch der Meinung ist, daß sich durch testes singulares ein voller Beweis herstellen lasse, so muß doch da das Gegentheil angenommen werden, wo es auf gleichzeitige Wahrnehmung der zu bezeugenden Thatsache ankommt[69]). Und dies ist hier der Fall. Es soll ein und derselbe Testamentsact bezeugt werden. Wenn aber der Soldat vor jedem Zeugen besonders seinen Willen erklärt, so kann Jeder nur über einen an sich verschiedenen Act aussagen. Die Uebereinstimmung des Inhalts ist hier irrelevant, da feststeht, daß die eingezeugten Handlungen selbst verschiedene sind. Es sind dies eigentlich verschiedene Testamente von gleichem Inhalt, für jedes derselben ist aber nur ein halber Beweis vorhanden. — Man darf dies aber nicht so ausdrücken: zum mündlichen Testamente eines Soldaten gehören zwei Zeugen[70]). Denn, wie gesagt, nur vom Beweise ist hier die Rede, nicht von einer Form. Zum Ueberfluß bestätigt Theophilus es auch ausdrücklich, daß der Soldat vor einem Zeugen testiren könne[71]). Zwar glauben Manche, daß hierbei an ein schriftliches Testament gedacht sey[72]). Allein für ein solches bedurfte es ja

69) S. meinen Entwurf des Civilprocesses. §. 304. d. zweiten Auflage.

70) So drückt sich mit *A.* Vinnius aus ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 2.

71) Paraphr. ad pr. J. *h. t.*

72) Z. B. Reitz ad Theophilum p. 347.

Digitized by Google

überall keiner Zeugen, es kann also die Aeußerung von Theophilus nur auf mündliche Testamente bezogen werden [73 a]). Wenn daher der Soldat blos vor einem Zeugen seinen letzten Willen mündlich erklärt, so ist das Testament nicht ungiltig, nur muß der Beweis durch die geeigneten Mittel vervollständigt werden [73 b]).

Bisher hatten wir nur das Römische Recht vor Augen. Welchen Einfluß hat nun hierauf die Bestimmung der Notariatsordnung, daß der nicht in actu bellandi testirende Soldat zwei Zeugen zuziehen müsse? Soviel läßt sich wohl als ausgemacht ansehen, daß dies nur solche Zeugen seyn dürfen, welche die Eigenschaft von Testamentszeugen haben. Die Not. O. sagt nicht etwa allgemein: es genügen hier zwei Zeugen, sondern sie ordnet nur an, daß von Rittern die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, solch Anzahl von Zeugen nachgelassen seyen, bis auf zween (Tit. II. §. 2.). Vorher aber war die Rede von regelmäßigen Testamenten und den dafür erforderlichen Zeugen, also von So-

73 a) Höpfner Commentar §. 455. Not. 2. Göschen Vorlesungen Bd. 3. Abth. 2. S. 286.

73 b) Wir sprechen hier von gewöhnlichen Zeugen. Wäre die Erklärung vor einer Person geschehen, welche an und für sich vollen Glauben hat (z. B. vor dem Regimentsauditeur), so ist dies zum vollen Beweise genügend. Hätte der Soldat in einem solchen Falle den Beamten ersucht, darüber eine Urkunde anzufertigen (oder ihm ein schriftliches Testament zu machen), so würde dies auch noch nach dem Tode des Soldaten gültigerweise geschehen können. Testirt hat der Soldat schon durch seine Erklärung, der Aufsatz dient nur zum besseren Beweise. S. oben den Text zu den Noten 57 fgg. dieses §. Roßhirt testamentar. Erbrecht. S. 490. Nr. b.

Digitized by Google

lennitätszeugen. Und weiter unten (§. 6.) wird die Qualität der Testamentszeugen ganz so bestimmt, wie im Röm. Recht. Allein dabei muß man auch stehen bleiben. Wenn daher der Soldat vor zwei Zeugen seinen letzten Willen niederschreibt, oder einen schriftlichen Aufsatz für sein Testament erklärt, so bedarf es der besonderen Erfordernisse des schriftlichen Testaments — der Unterschrift und Besieglung durch die Zeugen — nicht. Freilich wird die Aechtheit dieses Testaments und daß die Erklärung vor zwei fähigen Zeugen geschehen sey, constatirt werden müssen, und dies setzt voraus, daß entweder die Zeugen mit dem Inhalte des Aufsatzes bekannt gemacht seyen, oder ihre Anwesenheit durch ihre Unterschriften bekundet haben. Allein weiter kann auch nichts gefordert werden. Es würde daher dem Testamente auch nichts entgegenstehen, wenn etwa die Zeugen zu verschiedenen Zeiten unterschrieben hätten, sobald nur daran nicht gezweifelt werden kann, daß der Testamentsact selbst in Gegenwart beider Zeugen vorgegangen sey. Denn nur dies erfordert die Notariatsordnung; der Beweis darüber hat mit der Solennität selbst nichts zu thun. Indessen erklärt sich eine bedeutende Stimme für das Gegentheil. Pufendorf verlangt nicht nur gleichzeitige Gegenwart der Zeugen, sondern auch, daß die Unterschriften derselben gleichzeitig erfolgen, wie wenn jure communi testirt wird [74]). Dies würde man zugeben müssen, wenn das Privilegium durch die Verordnung des Reichsgesetzes erst eingeführt wäre. So aber, da das Gesetz ein bereits vorhandenes Vorrecht nur einschränkt, dürfen wir bei dessen Anwendung nicht über die Gränzen hinausge-

74) Pufendorf observ. jur. universi. T. I. obs. 102.

Digitized by Google

hen, welche für die Interpretation correctorischer Gesetze gelten [75]).

So wie übrigens der Soldat ohne Beobachtung der regelmäßigen Form ein Testament errichten kann, eben so gilt das vor seinem Eintritt in den Kriegsdienst (oder, nach Justinians Bestimmung, ehe er in expeditione occupatus war) von ihm errichtete durch bloße Anerkennung oder Bestätigung. Deren bedarf es natürlich nicht, wenn ein solches Testament weder an äusseren noch an inneren Mängeln leidet. Es ist mithin hierbei an ein Testament zu denken, welches gemeinrechtlich entweder wegen gleich anfänglich vorhandener Mängel nicht bestehen kann [76]), oder in der Folge aufgehört hat zu gelten [77]). Nur wird gefordert, daß der Soldat seine Anerkennung deutlich und bestimmt, sey es durch Handlungen oder durch Worte, an den Tag gelegt hat; sonst wird das Testament nach den gemeinrechtlichen Erforder-

75) Vergl. L. 32. in f. C. *h. appellat.* (VII. 62.) Nov. 20. c. 9. — Thibaut log. Ausl. des R. R. §. 20.

76) §. 4. J. *h. t.* „Sed et *si quis ante militiam non jure fecit testamentum*, et miles factus, et in expeditione degens, resignavit illud et quaedam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas, hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate."

77) Z. B. durch Agnation eines Postumus. L. 9. pr. D. *h. t.* L. 9. §. 1. *eod.* „Ut est rescriptum a Divo Pio in eo, qui, quum esset paganus, fecit testamentum, mox (scil. *nato postumo*) militare coepit; nam hoc — jure militari incipiet valere, si hoc maluit miles" (*Ulpianus*).

Digitized by Google

nissen beurtheilt[78]). In einer Stelle Ulpians scheint es indessen für genügend gehalten zu werden, wenn der Testirer nur nicht das Gegentheil erklärt, — also sein bloßes Stillschweigen einer bestimmten Anerkennung gleichgestellt zu seyn. L. 15. §. 8. D. *h. t.* „Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere, *si militis voluntas contraria non sit, divus Pius rescripsit*“. — Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit den übrigen ist Viel

78) L. 20. §. 1. *eod.* „Quum aliquis facto testamento militare coeperit, id quoque testamentum, quod ante quam militare coeperit fecerat *aliquo casu* intelligitur militiae tempore factum, veluti si tabulas inciderit, et legerit testamentum, ac rursus suo signo signaverit; amplius et si aliquid interleverit, perduxerit, adjecerit, emendaverit. *Quodsi nihil horum inciderit, testamentum ejus ad privilegia militum non pertinebit.*“ (*Julianus.*) — L. 25. D. *eod.* „Titius prius, quam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit, et postea cinctus (d. h. unter das Militär aufgenommen, s. Brissonius Select. ex jure civ. antiquitt. Lib. II. c. 7.), manente eodem (d. h. ohne das Testament geändert zu haben, s. die Accursische Gl.), defunctus est. Quaero, an militis testamentum videatur esse? *Marcellus* respondit: testamentum quod ante tribunatum fecisset, *nisi postea — — dictum esse probaretur, quod valere vellet, ad commune jus pertinet.* Constitutionibus enim principum *non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt*, confirmantur. Sed plane fecisse testamentum eum interpretandum est, qui se velle testamentum — valere, *aliquo modo declaravit.*“ Siehe auch die Note 72.

Digitized by Google

geschrieben[79]). Manche nehmen an, daß sie mit denselben im Widerstreit stehe, und Ulpian die durch ein Reskript von K. Antoninus Pius eingeführte oder bestätigte mildere Ansicht vortrage, die denn auch als die neuere den Vorzug verdiene[80]). Diese Meinung ist aber unbedenklich zu verwerfen. Denn Marcellus (s. die Note 78) gehörte zu den juristischen Räthen (Assessores) des Antoninus, und lebte noch nach demselben[81]), und auch noch Paulus, welcher mit und nach Ulpian lebte, sagt ausdrücklich, daß das vor dem Militärstande errichtete Testament eines Soldaten nur nach gemeinem Rechte gelten könne, wenn der Testator ihm nicht durch einen neuen Act die Geltung eines militärischen verschaffe[82]). Ueberhaupt aber wird in allen oben angeführten Stellen es so entschieden ausgesprochen, daß lediglich unter dieser Voraussetzung das früher errichtete Testament die Bedeutung eines militärischen haben könne, daß nur dies als das durch die Aufnahme in die Compilation anerkannte

79) Die verschiedenen Ansichten werden sehr gut referirt und gewürdigt von Vinnius ad §. 4. J. *h. t.*

80) Außer den von Vinnius angeführten Schriftstellern vertheidigt diese Meinung auch *Fr.* Balduinus ad Regulam Catonianam, in der Jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 430. sq. Vergl. auch Otto ad §. 4. J. *h. t.*

81) Capitolinus in Anton. Pio cap. 12. — *Meinard.* Tydeman de L. Ulpii Marcelli ICti vita et scriptis (in Oelrichs thes. nov. diss. Belg. Vol. I. Nr. I.) Sect. I. c. 2. §. 1. cap. 6. §. 1. 2.

82) L. 8. §. 4. D. *de jure cod.* (XXIX. 7.) — „quoniam testamentum jure communi valet, nisi si militiae tempore resignaverit, vel quaedam adjecerit" (miles).

Digitized by Google

geltende Recht betrachtet werden darf. Könnte hierüber aber ja noch ein Zweifel Statt finden, so würde dieser durch die obige Stelle der Institutionen (Note 76) vollständig widerlegt seyn, worin ebenfalls auf das bestimmteste die Geltung eines solchen Testaments von einer Anerkennung durch Handlungen oder Worte abhängig gemacht wird. — In der That aber ist ein Widerstreit der Stellen überall nicht vorhanden[83]); müßte ja auch sonst Ulpian sich selber widersprechen, da er an einer anderen Stelle sagt: testamentum — — jure militari *incipiet valere, si hoc maluit miles* (Note 77.). Wäre es hinreichend, daß der Soldat sich nur nicht gegen die Giltigkeit des Testaments erklärte, so müßte diese nothwendig mit dem Moment beginnen, wo der Testirer Soldat wird; soll es aber erst anfangen als militärisches Testament zu gelten, wenn der Testirer es will, so muß schlechterdings dies Wollen durch eine bestimmte Willensäußerung an den Tag gelegt seyn. Aber wo sagt denn auch der Jurist das Gegentheil? Die Aeußerung in der L. 15. §. 2. *h. t.*: „testamentum — jure militari valere, *si militis voluntas contraria non sit*", ist eine unbestimmte, die keineswegs den Gedanken positiv ausdrückt: das Testament gilt als militärisches, wenn nicht der Soldat das Gegentheil erklärt, sondern

83) Baldwin a. a. O. nimmt selbst an, daß Paulus (Not. 78.) und Justinian (Not. 72.) ebenfalls an keinen Widerspruch zwischen der von ihnen vorgetragenen Meinung des Julian (Not. 74) und des von Ulpian referirten Rescripts des Kaisers Antonin gedacht hätten. „Hi certe judicasse videntur, divum Pium nihil aliud, quam quod responderat Julianus, voluisse." Und darin hatten sie auch ganz Recht.

Digitized by Google

nur den: es hängt von dem Willen des Testirers ab, ob es als militärisches gelten soll, oder nicht. Dies kann eben so gut auf die Nothwendigkeit einer besonderen Anerkennungshandlung, als auf ein bloßes Stillschweigen bezogen werden, mithin ist der unbestimmte Ausdruck aus dem bestimmteren der übrigen Stellen zu erklären oder zu ergänzen [84]). Auch ist klar, daß consequenterweise gar nicht anders entschieden werden konnte, wie von Julian und überhaupt in den bestimmt lautenden Stellen geschieht. Denn nur das von einem Soldaten errichtete Testament ist privilegirt (oder wie Marcellus sagt: non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmantur, s. Note 78.); nun kommt es zwar auf die Form überall nicht an, indessen muß doch der Soldat auf irgend eine Art seinen Willen zu erkennen geben.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß der Soldat einem von ihm errichteten, aber wieder aufgehobenen Testament auf die nämliche Weise, nämlich durch bloße Anerkennung, auch aufs Neue Geltung verschaffen kann [85]).

Zum Beschluß ist hier noch eine Entscheidung der Kaiser Diocletian und Maximinian zu erwähnen, wodurch ein gegenseitiger Erbvertrag zweier Soldaten für einen rechtsgiltigen letzten Willen erklärt wird [86]). Es ist auch diese Entscheidung nur aus dem Princip hervorgegangen, daß bei den Testamenten der Soldaten die

84) S. besonders die Commentarien zu der angef. Institutionen-Stelle von Bachov und Vinnius.

85) L. 15. §. 1. D. *h. t.* L. 22. 23. L. 33. pr. u. §. 2. *eod.* S. auch unten §. 1478.

86) L. 19. C. *de pactis.* (II. 3.)

Digitized by Google

Form gleichgiltig ist. Damit ist freilich noch nicht anerkannt, daß die Verfügung als Erbvertrag bestehe. Erbverträge verwirft das römische Recht schlechthin, sie können also auch von Soldaten nicht eingegangen werden. Davon ist auch in der Constitution nicht die Rede, sondern nur von der Giltigkeit der Disposition an sich: sie gilt als Testament, kann mithin gleich diesem einseitig widerrufen werden [87]).

§. 1477.

Auf den Inhalt sich beziehende Privilegien des militärischen Testaments.

Hierbei wird vielfach auf frühere Untersuchungen verwiesen werden können, indem bei den Darstellungen der regelmäßigen Erfordernisse und Wirkungen eines Testaments auch die besonderen Rechte der Soldaten öfter schon zu berücksichtigen waren.

1) Dem Soldaten ist es gestattet, auch Erbunfähige einzusetzen, oder ihnen Vermächtnisse zuzuwenden [88]). Das heißt aber nur: die Disposition ist nicht ungiltig, auch wenn der Testirer die Bedingung der Fähigkeit nicht beifügt, wie das im Testament eines Nichtsoldaten geschehen muß [89]); die Verwirklichung der Verfügung hängt

87) S. Hasse im Rhein. Museum Bd. 2. Heft 2. S. 164. fg. (Nr. 6.) — Vergl. Bd. 35. d. Comment. §. 1419. a. S. 56. fg. (Nr. 5.)

88) L. 13. §. 2. D. *h. t.* L. 7. §. 1. D. *de leg.* III. L. 15. D. *de mort. causa dŏnat.* (XXXIX. 6.) L. 5. C. *h. t.*

89) S. Bd. 35. d. Comment. §. 1437. S. 145—158.

Digitized by Google

aber jedenfalls davon ab, daß die Honoriten zur Zeit des Anfalls erbfähig seyen [90]). Nur wer durch ein gesetzliches Verbot ausgeschlossen ist, kann auch in dem Testament eines Soldaten nicht honorirt werden [91]). Ausdrücklich anerkannt ist dies für die mulieres probrosae (Huren) und die mit dem Soldaten in unzüchtiger Verbindung lebenden Weiber [92]), ferner für die Haeretici [93]). Es leidet aber gewiß keinen Zweifel, daß dasselbe auch von Anderen gelte, denen das Gesetz die (passive) Testamentsfähigkeit ausdrücklich entzieht, ohne daß sich dies schon nach allgemeinen juristischen Ansichten

90) L. 13. §. 2. in f. D. *h. t.* — Auf diese sehr wesentliche Beschränkung nehmen Manche gar keine Rücksicht. Z. B. Höpfner, welcher §. 454. des Comment. ganz allgemein sagt: der Soldat könne erbunfähige Personen einsetzen, z. B. unprivilegirte Gesellschaften.

91) L. 5. in f. C. *h. t.* — „nisi lex specialiter eos prohibuerint."

92) S. hierüber L. 41. §. 1. D. *h. t.* (Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 240. fg. Bd. 39. d. Comment. §. 1438. S. 264. fg. und besonders S. 270.) L. 14. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.) Bd. 39. d. Comment. a. a. O. S. 277. fg. — Daß beide Beschränkungen nicht blos für das Testament eines Soldaten gelten, sondern auf einer allgemeinen Regel beruhen, ist (gegen die gewöhnliche Meinung) an den angeführten Stellen des Commentars nachgewiesen. — Die heutige Anwendbarkeit dieser Beschränkungen vertheidigt Eisenhart Pr. de usu hodierno L. 41. §. 1. D. *de test. mil.* (opusc. p. 201. sqq.) und: Erzählungen von besonderen Rechtshändeln Bd. 3. Nr. 23; bestritten wird sie, jedoch ohne hinreichende Gründe, von Mueller observ. ad Leyser. Observ. 579. T. IV. Fasc. 1. p. 81. sqq.

93) L. 22. C. *de haeret. et manich.* (I. 5.)

Digitized by Google

von selbst versteht (wie z. B. bei einem Peregrinus); so namentlich von den Kindern eines Hochverräthers [94]). Falls nicht etwa die durch ein Verbot der Art begründete Unfähigkeit in der Folge unter den Gesichtspunkt der sich aus allgemeinen Gründen von selbst verstehenden juristischen Erwerbunfähigkeit zurückgeführt wurde. So scheint die L. 13. §. 2. D. *h. t.* (von Ulpian) verstanden werden zu müssen. „Et deportati, *et fere omnes*, qui testamentifactionem non habent, a milite heredes institui possunt. *Sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit*, licet si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipiat convalescere, quasi nunc data hereditate. *Et generaliter in omnibus id poterit dici*, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui potuerit.“ Die Interpreten begnügen sich damit, bei den Worten *fere* auf die Ausnahmen hinzuweisen, indessen für alle und jede Fälle eine Convalescenz anzunehmen, wenn das Hinderniß beim Tode des Erblassers gehoben ist [95]). Wäre dies die Meinung Ulpians gewesen, so würde der Jurist mindestens sich sehr schlecht ausgedrückt haben. Denn wer vermag logischen Zusammenhang in dem folgenden Raisonnement zu entdecken: ein Deportirter kann eingesetzt werden, ein servus poenae kann es nicht; doch darf jeder Unfähige eingesetzt werden, wenn er nur zur Zeit des Anfalls erbfähig ist? — Alles hängt

94) L. 5. §. 1. C. *ad leg. Jul. Maj.* (IX. 8.) Vergl. Bd. 39. d. Comment. S. 245. fg. Nr. 3.

95) S. z. B. die Accursische Gl. zu dieser Stelle und Pothier Pand. Justin. *h. t.* Nr. IX.

Digitized by Google

indessen sehr gut zusammen, wenn man annimmt, daß den zum Tode Verurtheilten — denn dies waren die servi poenae — die testamentifactio (also das Recht zu testiren und zu erben) durch ein ausdrückliches Gesetz entzogen wurde. Als aber deren Zustand dem der eigentlichen servi auch juristisch immer ähnlicher wurde (factisch war er viel härter) und als es feststand, daß sie jedenfalls kein Recht der Civität in Anspruch nehmen durften[96]), da schien es wohl sehr natürlich, sie hinsichtlich der Testamentifactio denen gleich zu stellen, welche zur Strafe ihrer Civität beraubt waren (den Deportirten und Exilirten). Diese hatten schon nach allgemeinen Grundsätzen die Testamentifactio nicht, ihre Einsetzung in dem Testamente eines Soldaten war aber zulässig und in dem Falle auch wirksam, wenn sie beim Tode des Testirers wieder restituirt waren. Für Andere, denen durch Gesetze die passive Testamentifactio ausdrücklich entzogen war, blieb aber die Beschränkung, d. h. sie können überall nicht honorirt werden, auch in dem Testamente eines Soldaten nicht, wie aus den oben (Note 91 und 93) angeführten Stellen sich ergiebt. Es ist hiernach schwerlich zu rechtfertigen, wenn man den Schlußsatz der L. 13. §. 2. D. h. t. auf alle und jede Erbunfähige bezieht, wie dies gleichwohl gewöhnlich geschieht[97]).

2) Der Soldat braucht seine Notherben nicht zu berücksichtigen, sein Testament kann also wegen Präterition

96) S. hierüber Marezoll über die bürgerl. Ehen. §. 2. u. besonders das. S. 30.

97) S. z. B. Hofacker princ. jur. civ. R. G. §. 1370. in f. u. Haenel Diss. I. p. 39. — Dagegen Roßhirt testamentar. Erbrecht. I. S. 470. fg.

Digitized by Google

derselben nicht angefochten werden[98]), vorausgesetzt, daß er ihr Daseyn kannte oder erwarten durfte: §. 6. J. *de exhered. liberor.* „Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos, vel postumos, nominatim non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus principum cautum est“[99]). War er in der irrthümlichen Meinung befangen, daß sein Kind nicht mehr am Leben sey, oder starb

98) L. 27. §. 2. D. *de inoff. test.* („De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest“). L. 9. L. ult. C. *eod.* (III. 28.) L. 1. §. 4. D. *si a parente quis manumissus sit.* (XXXVII. 12.). Vergl. unten Note 26.

99) Daher die Redensarten: filium silentio exheredare (L. 12. pr. D. *de bonis libertar.* XXXVIII. 2.), oder tacite exheredare (L. 9. C. *h. t.*). Doch schloß eine stillschweigende Enterbung die Kinder nicht von der Erbschaft der großväterlichen Freigelassenen aus (L. 47. §. 4. D. *de bon. libertar.*), sondern dazu bedurfte es stets einer ausdrücklichen Enterbung (L. 10. §. 1. *eod.*). — Daß übrigens dies Präteritions- oder freie Ausschließungs-Recht für Soldaten auch nach der Nov. 115. noch besteht, ist bereits an einem anderen Orte des Commentars ausgeführt. S. Bd. 35. S. 217. a. E. fg. Anders verhält es sich freilich mit dem Präteritionsrecht, welches die L. ult. C. *de inoff. test.* auch den Inhabern eines quasi castrense peculium zugestand; s. ebendas. S. 216—219. — Vergl. Roßhirt a. a. O. S. 487. fg. — Ganz ohne Grund behaupten einige ältere Juristen, daß die im militärischen Testamente präterirten Kinder wenigstens den Pflichttheil in Anspruch nehmen dürften. S. dagegen Vinnius ad §. 6. J. *de exher. liber. Nr.* 1.

Digitized by Google

er, ohne die Schwangerschaft seiner Frau zu kennen, so gilt das Testament im ersten Falle vom Anfang an nicht, im zweiten wird es durch das Erscheinen eines Postumus rumpirt; es wird also angenommen, daß er, bekannt mit den thatsächlichen Verhältnissen, nicht so verfügt haben würde[100]). Es wäre denn, daß er ausdrücklich erklärt, oder sonst zu erkennen gegeben hätte, er würde in jedem Falle so und nicht anders verfügt haben; dann tritt auch keine Ruption des Testaments ein, mag ein Postumus durch Geburt oder auf andere Art (z. B. durch Adoption, oder durch das Einrücken eines Entfernteren an die Stelle des Näherberechtigten) hinzukommen: L. 7. und 8. D. *h. t.* „Qui jure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem, vel non fuit praegnans[1]), hoc tamen animo fuit, ut vellet: quisquis sibi nasceretur exheredem esse[2]): testamentum non rumpitur. Idem est, et si arrogaverit filiam, neposve successerit in locum filii." — Sonst also tritt eine Ruption ein, jedoch kann der Testirer (so lange er Sol-

100) L. 36. §. 2. D. *h. t.* L. 9. u. 10. C. *eod.* (Vergl. oben §. 1474. Note 76.

1) Haloander (dem auch Beck folgt) liest statt dieser Worte: vel quum praegnantem scierit. Mit Recht tadelt dies *Al.* Augustinus Emendat. Lib. III. c. 7. (bei Otto T. IV. p. 1518.). Die Worte: vel non fuit praegnans sind auf die Zeit der Testamentserrichtung zu beziehen, bedeuten also: oder wenn die Frau auch damals noch nicht schwanger war. S. die deutsche Uebersetzung dieser Stelle (von Hunger Bd. 3. S. 121.).

2) Auf bedachte und nicht bedachte Fälle (tam cogitata, quam non cogitata) wie die Praktiker sagen. S. Schulting not. ad Dig. T. V. p. 112.

Digitized by Google

dat bleibt) durch jegliche Willenserklärung ein solches Testament bestätigen, was denn auf gewisse Weise als Errichtung eines neuen Testaments mit geflissentlicher Ausschließung des Postumus angesehen werden darf. L. 9. pr. D. *h. t.* „Idemque erit dicendum, et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere. Nam videtur jure militari *refecisse*[3]) testamentum“[4]).

Da übrigens nur ein postumus suus rumpiren kann, so folgt von selbst, daß, wenn der Soldat selber noch in väterlicher Gewalt steht und ihm vor Aufhebung derselben ein Kind geboren wird, das Testament auch in dem Falle bei Kräften bleibt, wenn nicht angenommen werden darf, der Testirer habe jedenfalls seine Kinder ausschließen wollen; denn dieser Postumus wird ja der Gewalt seines Großvaters unterworfen, ist folglich nicht suus heres seines Vaters[5]). Wenn der Testirer seinen Vater überlebt, so fällt der Postumus unter seine Gewalt, weshalb denn auch jetzt die Ruption eintritt[6]),

3) Ueber diesen, übrigens auch bei nicht juristischen Klassikern in ähnlichem Sinne vorkommenden Ausdruck (Forcellini Lex. v. *reficio*) siehe Dukerus de lat. vet. ICtor. pag. 352.

4) Vergl. oben den Text zu den Noten 76 — 85. dieses §.

5) L. 33. §. 1. D. *h. t.* — Sehr unnöthigerweise fügt der Urheber dieser Stelle (Tertullian) hinzu, daß der Postumus das großväterliche Testament nicht rumpire, da er zwar des Großvaters Gewalt unterworfen, aber nicht suus heres desselben werde, so lange sein Vater noch lebt.

6) L. 33. §. 3. *eod.* Auch hierbei findet sich die überflüssige Bemerkung, daß des Großvaters Testament dadurch nicht rumpirt werde.

Digitized by Google

wie sie sofort bei seinem Erscheinen eingetreten seyn würde, wäre der Vater des Testirers damals schon mit Tode abgegangen gewesen[7]). Ist nun beim Eintreten eines solchen Falls der Testirer nicht mehr Soldat, so wirkt die Ruption vollständig, d. h. das Testament ist und bleibt zerstört, im entgegengesetzten Falle wird (wie bereits bemerkt wurde) die Erhaltung desselben durch eine anerkennende Erklärung oder Handlung möglich[8]).

Als eine Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen über das Enterbungsrecht ist noch zu bemerken, daß der Soldat seinen Notherben in demselben Testament giltig ausschließen kann, worin er ihn eingesetzt hat[9]); ein Paganus darf dies nicht[10]).

7) L. 33. pr. *eod.* — Tertullian sagt hier: *utique* rumpitur ejus testamentum"; das heißt aber nur, wenn der Testirer an einen Postumus überall nicht gedacht hat, mithin nicht angenommen werden darf, daß er ihn ausschließen wollte. S. L. 33. §. 2. *eod.*

8) L. 33. pr. u. §. 2. *h. t.* — „Sed si quidem pagano jam illo facto natus sit, nec convalescet ruptum. Si vero militante adhuc natus fuerit, rumpetur; deinde si voluerit ratum illud esse pater, convalescet sic, quasi denus factum."

9) L. 17. §. 2. D. *lit.* — Von dieser Stelle war schon die Rede Bd. 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 403—405. — Cujacius u. a. dort angeführte Juristen finden darin den Satz ausgedrückt: wenn der Soldat die Erbeinsetzung aufhebt, so ist dadurch der sonstige Inhalt des Testaments noch nicht aufgehoben. Dieß Resultat ist gewiß an sich sehr gut zu rechtfertigen, und wenn die Schlußworte der Stelle in der That so aufeinander folgten (wie die Flor. liest): „quum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit", so hat diese

Digitized by Google

3) Der Soldat ist an die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere debet nicht gebunden [11]). Wenn er also nur über einen bestimmten Theil seines Vermögens, oder über bestimmte Sachen testamentarisch verfügt, so bekommt der Testamentserbe auch nicht mehr, wie dieser, in Ansehung des übrigen Vermögens tritt mithin die Intestaterbfolge ein [12]), denn Testamente der Soldaten stehen überhaupt nicht, oder

Ansicht auch den buchstäblichen Sinn für sich. Indessen, wie passen dazu die voraufgehenden Worte: „Si eodem testamento miles eundem heredem, deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas“? Offenbar soll also nur die Zulässigkeit einer solchen Ausschließung dadurch bestimmt werden; es dürfte daher in dem Schlußsatze die Wortfolge vorzuziehen seyn: quum in pag. test. sola exherdatione hereditas adimi non possit. Daß übrigens auch die Flor. Construction diesen Sinn nicht ausschließt, bedarf wohl keiner weiteren Bemerkung.

10) S. hierüber Foerster de B. P. liberor. praeter. P. I. c. 1. §. 12. p. 59. und Bd. 36. d. Comment. a. a. O. S. 394—412.

11) L. 7. D. *de regul. jur.* „Jus nostrum non patitur, *eundem in paganis* et testato et intestato decessisse“ —. Ueber diese Regel s. Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. Abh. 8. und Bd. 40. d. Comment. §. 1440. 1441. S. 142—194. (Vergl. auch Bd. 38. d. Comment. §. 1430. S. 337—349.)

12) §. 5. J. *de heredib. instit.* L. 6. D. *h. t.* „Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur, *quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse:* miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.“

Digitized by Google

doch nur in geringem Grade, unter dem beschränkenden Einfluß des jus publicum [13]). Kann nun der Erbe nicht mehr erhalten, als was ihm wirklich zugewandt wurde, so folgt auch von selbst, daß, wenn ein filiusfamilias miles über sein castrense peculium testirt und hiernächst Erbe seines Vaters wird, der von ihm ernannte Erbe auch nur das Peculium erhält, das väterliche Vermögen aber an seine Intestaterben kommt [14]). Anders verhält es sich mit einem Haussohn, welcher ohne Soldat zu sein, über sein freies Vermögen testirt, vor seinem Tode aber den Vater beerbt. Da das Testament eines Filiusfamilias durch Befreiung von der väterlichen Gewalt nicht zerstört wird [15]), so muß in diesem Fall die Wirkung eintreten, wie wenn ein Paganus nur über einen Theil seines Vermögens verfügt hätte, d. h. der Erbe wird nicht auf das Peculium beschränkt, sondern erhält das gesammte Gut des Testirers [16]).

Dadurch also, daß der Soldat nur über besondere Objecte oder Theile verfügt hat, sind gewissermaßen verschiedene von einander getrennte Erbschaften constituirt; hinsichtlich der einen tritt testamentarische, hinsichtlich der anderen Intestat-Erbfolge ein. Ein ganz ähnlicher Fall ist vorhanden, wenn die Verfügung zwar das ganze Vermögen vollständig umfaßt, allein jedem Erben gesonderte

13) Huschke a. a. O. S. 326. fgg.

14) L. 11. §. 2. D. *h. t.*

15) L. 6. §. fin. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII. 3.)

16) L. 19. §. 2. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.) — Als Grund der Verschiedenheit wird hier angegeben: „quia miles ab initio pro parte testatus pro parte intestatus potuerat mori."

Digitized by Google

Theile deſſelben angewieſen ſind. „Julianus — ait: si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi*; ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. Cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut, ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi, vel illi ipso jure debeatur“[17]). Hiernach erſcheinen denn beide Maſſen von einander abgeſondert, wie wenn ſie von zwei verſchiedenen Erblaſſern herrührten, weshalb denn auch ein Erbſchaftsſchuldner gegen die Forderung des einen Erben nicht zur Compenſation bringen kann, was er von dem anderen zu fordern hat[18]). Doch fährt Gajus (in der L. 17. §. 1. D. *h. t.*) ſo fort: „Quodsi alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, et propter hoc is, qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum, qui adiiset, compellendum esse *aut defendere totam hereditatem*, aut *totam creditoribus solvere*.“ — Alſo, wenn die eine Maſſe inſolvent iſt, und darum der dazu berufene Erbe ausſchlägt, ſo muß der andere

17) L. 17. §. 1. D. *h. t.* (*Gajus.*)

18) L. 16. pr. D. *de compensat.* (XVI. 2.) „Quum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius heres exstitit, et debitor alteri heredem obligatus velit compensare quod ab alio debetur; non audietur“. — S. über dieſe Stelle Noodt comment. in Dig. tit. *de compensat.* §. *Revertamur.* (opp. T. II. p. 286. B.)

Digitized by Google

Erbe entweder die gesammten Schulden zahlen, oder den ganzen Nachlaß den Gläubigern überlassen[19]).

Daß dies nun auch in dem Falle angenommen werden muß, wenn der Testator nur über einen Theil verfügt, so wie, wenn er mehrere Erben ohne Unterscheidung der Vermögensmassen einsetzt, leidet keinen Zweifel. Wenn daher im ersten Fall der eingesetzte Erbe ausschlägt, so muß der Intestaterbe auch dessen Theil mit übernehmen

19) Defendere heißt hier, wie auch sonst vielfältig, sich auf eine Klage einlassen (Brisson. h. v. §. 1. Dirksen h. v. §. 3.), solvere hereditatem creditoribus aber: sie den Gläubigern ausantworten (s. die Accursische Glosse *Solvere* i. e. *tradere*). Der Sache nach übereinstimmend interpretirt die Stelle auch Cujacius so: „alterum coheredem — — *aut debere agnoscere omnia bona* — — aut *omnia dimittere omnibus creditoribus vendenda*“ (Comment. in Lib. VII. Quaestion. ad L. 37. D. *de test. milit.*). Der deutsche Uebersetzer (Hunger) dagegen meint, daß Defendere hier soviel als deserere bedeute, solvere aber: die Erbschaft ganz von den Ansprüchen der Gläubiger befreien (Bd. III. der Uebersetzung S. 115. Not. 31. 32.) Wie er sich dabei auf die Autorität Cujacius berufen konnte, ist unbegreiflich; man sieht aber überhaupt nicht ein, weshalb hier der einfache und nahe liegende Wortverstand verlassen ist, da das dafür eingetauschte Resultat sich weder logisch noch grammatisch rechtfertigen läßt. Muretus, den der Uebersetzer für seine Erklärung von *defendere* anführt, sagt nur, er schlage vor zu lesen: „aut deserere totam hereditatem, aut — solvere.“ *Ant.* Muretus not. ad Tit. de milit. test. ad h. l. opp. omnia ed. *Dav.* Ruhaker. T IV. p. 396. — Vergl. Smallenburg in supplem. ad Schultingii not. ad Dig. T. VII. P. 2. p. 1199. sq.

Digitized by Google

oder das Ganze ausschlagen, und eben so der testamentarische Miterbe, wenn der Andere seinen Theil ausschlägt.

Ohne ein Accresciren des wegfallenden Erbtheils läßt sich diese Wirkung nun gar nicht denken; doch unterscheidet es sich von dem regelmäßigen jus accrescendi dadurch, daß der Miterbe, welcher seinen Erbtheil angenommen hat, auch den anwachsenden mit den daran haftenden Belästigungen annehmen muß[20]), wogegen hier noch eine Wahl Statt findet, entweder das Ganze zu behalten, oder das Ganze auszuschlagen[21]).

Können aber in den Fällen, wo der Testirer über das Ganze verfügt hat, testamentarische Miterben ein Anwachsungsrecht in Anspruch nehmen, — also die Intestaterben von defizirenden Erbtheilen ausschließen? — Argumentirt man aus allgemeinen Prinzipien, so ergiebt sich folgendes Resultat: Das Anwachsungsrecht der durch Testament Berufenen kann auf einem zwiefachen Grunde beruhen. Erstlich, auf der Untheilbarkeit des zur Universalsuccession berufenden Willens des Erblassers, oder auf dem Grundsatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[22]). Da diese Regel für

20) L. 53. §. 1. D. *de acquir. her.* (XXIX. 2.) „Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus accipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt."

21) In einigen wenigen Fällen ist dies freilich auch für die Beerbung eines Nichtsoldaten anerkannt; L. 55. L. 61. D. *de acq. her.* S. mein Lehrb. d. Pand. §. 787. a. E. (3. A.)

22) Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 279—281. 297. 304. fg. C. Witte in Weiske's Rechtslexicon unter Anwachsungsrecht. S. 272. 295.

Digitized by Google

das Soldaten-Testament überhaupt nicht gilt, so folgt von selbst, daß auch das Anwachsungsrecht, sofern es lediglich hieraus abzuleiten ist, hier wegfällt. Zweitens kann aber auch der wirklich ausgesprochene oder präsumtive Wille des Testirers der Grund eines Accrescenzrechts seyn. Hierauf beruht bei der Beerbung eines Paganus das Anwachsungsrecht der conjuncti coheredes und legatarii, wird ein Soldat beerbt, so ist es der alleinige Grund des Anwachsungsrechts [23]). Die nämlichen Gründe nun, woraus jenes vorzüglichere Accrescenzrecht der Conjuncti hergeleitet wird, müssen natürlich auch für das Testament eines Soldaten gelten, — nämlich der präsumtive Wille des Testirers; nur beschränken sie sich begreiflicherweise hier nicht auf einen Vorzug der Conjuncti, sondern dienen eben zur Begründung des Anwachsungsrechts für alle Miterben. Ein solcher Wille des Testirers läßt sich aber alsdann annehmen, wenn er Mehrere zu irgend einem Ganzen ohne Theilbestimmung beruft; er giebt dadurch zu erkennen, daß die Berufenen zwar einander beschränken, dritten Personen aber jedenfalls vorgezogen werden sollen. Auch das Accrescenzrecht der ohne Theile eingesetzten Miterben eines Paganus würde daraus abgeleitet werden können, wenn es nicht an sich ganz unabhängig von dem Willen des Testirers wäre; deswegen ist hier der präsumtive Wille des Testirers nur von Einfluß auf das Anwachsungsrecht der Conjuncti.

Eine andere Frage ist: ob dies Resultat auch im röm. Recht anerkannt ist? Es finden sich zwei Stellen, welche geradezu das Accrescenzrecht der Testamentserben

23) Vergl. Roßhirt Testament. Erbrecht I. S. 500. fg.

Digitized by Google

eines Soldaten betreffen: eine Pandektenstelle von Paulus[24]) und ein Rescript von Antoninus Caracalla aus dem J. 212[25]). Jene Stelle lautet so: „Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur decessisse, quia miles et pro parte testari potest. Et competit patrono ab intestato bonorum possessio, *nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem.*“ Paulus entscheidet hier einen ihm vorgelegten Rechtsfall; man darf daher kein Gewicht darauf legen, daß der Testirer ein Freigelassener war, mithin dem Patron das Recht eingeräumt wird, für den wegfallenden Theil der B. P. zu agnosciren[26]). Buch-

24) L. 37. D. *h. t.*

25) L. 1. C. *h. t.*

26) A. M. ist Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben. (Tüb. 1829.) §. 19. S. 156. fg. Er meint, es müsse hier der Umstand supplirt werden, daß der Testirer den ausschlagenden Erben auf die castrensia bona eingesetzt habe; diese seien gegen die B. P. des Patrons privilegirt gewesen (L. 3. §. 6. D. *de bon. libert.* XXXVIII. 2.), und darum soll nur in diesem Falle die Vermuthung für das Recht des Intestaterben und gegen das jus accrescendi sprechen. Indessen das Privilegium des Soldaten, seine Notherben auszuschließen, beschränkt sich keineswegs auf die bona castrensia; daß das patronatische Erbrecht hier nicht besonders begünstigt war, ergiebt sich aus L. 1. §. 4. D. *si a par. quis manum.* (XXXVII. 12.). Die angef. L. 3. §. 6. *de bon. lib.* ist von einem Falle zu verstehen, wo ein ehemaliger Soldat über seine castrensia bona testirte. Zwar hören die bona castrensia auf Peculium zu seyn, wenn ihr Inhaber von väter-

Digitized by Google

ſtäblich verſtanden drückt alſo die Stelle den Satz aus: wenn der Soldat mehrere Erben einſetzt und einer derſelben ſchlägt ſeinen Theil aus, ſo tritt nicht das Anwachſungsrecht ein, ſondern der wegfallende Theil kommt an die Inteſtaterben, wenn nicht der teſtamentariſche Miterbe beweiſt, daß der Teſtirer die Inteſtaterbfolge vollſtändig ausſchließen, folglich das jus accrescendi eintreten laſſen wollte. — Das Coderreſcript (L. 1. C. *h. t.*) dagegen enthält folgende Entſcheidung: „Frater tuus miles si te specialiter in bonis, quae in paganico habebat, heredem fecit, bona, quae in castris reliquit, petere non potes, etiam si is, qui eorum heres institutus est, adire ea noluerit. Sed ab intestato succedentes veniunt, modo si in ejus locum substitutus non es, *et liquido probetur, fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse*“. — Auch hier wird zu Anfang die Regel aufgeſtellt, daß die Inteſtaterben dem teſtamentariſchen Miterben vorgehen, allein, dem Anſcheine nach abweichend von der L. 37. D. *h. t.*, außerdem noch der Beweis erfordert, daß der Teſtirer das Anwachſungsrecht habe aus-

licher Gewalt befreit iſt (und an einen ſolchen Fall iſt allerdings bei der L. 3. §. 6. cit. zu denken); ſie werden jetzt unabhängiges Vermögen und dem Notherbenrecht unterworfen (L. 8. §. 3. D. *de inoff. test.*). Allein für das patronatiſche Erbrecht und das dieſem nachgebildete Recht der parens manumissor beſteht nach wie vor das frühere Rechtsverhältniß (L. 29. §. 3. D. *h. t.*), was ſich aus dem eigenthümlichen Grunde dieſes Notherbenrechts erklärt. S. Bd. 35. d. Comment. §. 1421. a. S. 206. fg. Not. 65. — Die Vorausſetzung, von welcher Baumeiſter bei der Erklärung unſerer Stelle ausgeht, iſt daher unbedenklich zu verwerfen.

Digitized by Google

schließen wollen. — A. Faber sucht die Schwierigkeit durch Emendation zu beseitigen, er will nämlich Statt ad te pertinere *noluisse* lesen: voluisse[27]). Indessen fehlt dafür nicht nur alle handschriftliche Autorität, sondern es müßte alsdann noch weiter emendirt, nämlich für *et* liquido probetur, gelesen werden: aut liq. probatur. Denn sonst würde aller periodische Zusammenhang aufgehoben seyn. — Voorda will die kaiserliche Entscheidung daraus erklären, daß die Anfrage nicht bestimmt genug gelautet, keine hinreichend deutliche Relation aus dem Inhalte des Testaments enthalten habe; der Kaiser habe daher geantwortet: der Intestaterbe geht vor, wenn du nicht etwa substituirt bist und wenn überhaupt aus dem Testamente erhellt, daß deine Einsetzung auf die castrensia bona nicht gehe[28]). Den meisten Beifall verdient indessen wohl die Ansicht: es sey hier ein besonderes Gewicht auf den factischen Umstand zu legen, daß der anfragende Erbe zugleich Intestaterbe war. Denken wir nun noch hinzu (was jedoch sehr nahe liegt), daß der Verstorbene noch andere Geschwister hatte, so hätte der Kaiser entschieden: wenn du nur auf einen Theil des Vermögens, die bona paganica, eingesetzt bist, ein Anderer auf die bona castrensia, von seinem Erbrecht aber keinen Gebrauch machen will, so tritt für diesen Theil des Vermögens Intestaterbfolge ein, falls du nicht etwa

27) Error. Pragmat. Dec. 71. Err. 3. p. m. 485. et Err. 3.

28) *Jac.* Voorda Elector. cap. 14. p. 139. sqq. — Auf ganz ähnliche Art erklärte übrigens schon *Fr.* Duarenus comment. ad *h. t.* cap. 6. (Opp. p. 431.), obgleich Voorda ihn als Dissentianten aufführet.

Digitized by Google

substituirt bist; als Intestaterbe kannst du aber allerdings auch den auf dich kommenden Theil in Anspruch nehmen, wenn nicht erwiesen wird, der Testirer habe dich von dem castrensischen Vermögen ganz ausschließen wollen [29]).

Hiernach darf also als Regel angenommen werden: das jus accrescendi wird durch die Intestaterbfolge ausgeschlossen, nicht nur wenn jeder Erbe auf verschiedene Sachen oder auf verschiedene Bestandtheile des Vermögens eingesetzt ist [30]). Denn dies läßt sich jedenfalls aus der L. 37. D. *h. t.* entnehmen. Ja nach dem allgemeinen Ausdruck dieser Stelle müßte das Nämliche auch für den Fall behauptet werden, wenn den berufenen Erben überall keine Theile zugeschrieben sind. Indessen würde darin eine Abweichung von den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen liegen. Wenn der Testirer Mehrere zu Erben seines Vermögens ernennt ohne Theile zu bestimmen, so erscheint sein Gesammtvermögen als ein ungetheiltes Rechtsobject, wobei nur durch ein wirkliches Zusammentreffen der Berufenen Theile entstehen (*concursu* partes fiunt); eventuell ist aber Jeder auf das Ganze berufen [31]). Auch bei dem Testamente eines Soldaten sind ja Schlußfolgerungen aus dem präsumtiven Willen des Testirers zulässig;

29) *H.* Donnellus comment. ad L. 1. C. *de test. mil.* Nr. 2. (in den commentarii absolutissimi ed. Frf. p. 334.) Ihm folgt Vinnius ad §. 5. J. *de heredib. inst.* Nr. 7.

30) Nach Baumeister (Anwachsungsr. §. 19. S. 155.) soll vielmehr im Zweifel das jus accrescendi stets eintreten. Da indessen die Voraussetzung falsch ist, wovon hierbei ausgegangen wird (s. Note 26.), so bedarf es auch keiner weiteren Widerlegung der darauf gegründeten Folgerung.

31) Roßhirt a. a. O. S. 300.

Digitized by Google

darnach würde denn in einem solchen Falle die Vermuthung für das Anwachsungsrecht der Miterben streiten, bis der Intestaterbe eine entgegenstehende Absicht des Testirers darthut, mithin die nur unbestimmt sprechende Pandektenstelle von einem Falle zu verstehen seyn, wo die Miterben zu Theilen (gleichviel übrigens, ob zu gleichen oder zu ungleichen) berufen sind [32]). Unterstützt wird diese Auslegung einmal durch den hinzugefügten Grund: „quia miles et pro parte testari potest"; sodann dadurch, daß überhaupt im Zweifel angenommen wird, der Soldat habe Intestaterben ausschließen wollen, wenn er auch dem Buchstaben nach seine Erbschaft nur unvollständig vertheilt hat. „Quamquam (rescribirt K. Antonin Caracalla) militum testamenta juris vinculis non subjiciantur, quum propter simplicitatem militarem quomodo velint et quomodo possint ea facere his concedatur, tamen in Valeriani quondam centurionis testamento institutio etiam jure communi accipit auctoritatem. Nam quum paterfamilias filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia heredes scripserit, nec de residuis portionibus quidquam significaverit, in tres partes divisisse eum apparet hereditatem, ut duas habeat, quae sextantem accepit, tertiam, quae ex uncia heres sit instituta [33]). Auf gleiche Art, wie wenn ein Nichtsoldat testirt hätte, werden hier die Uncien nicht als Zwölftheile sondern als reine Verhältnißbegriffe behandelt [34]), weil anzunehmen sey, der Testirer habe

32) Westphal von Testamenten. §. 770.

33) L. 3. C. *h. t.*

34) „Nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit"; §. 5. J. *de heredib. instit.* L. 13. §. 1. 2. 3. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.)

Digitized by Google

Alles vertheilen wollen, so daß also, nach der gewählten Bezeichnung die Tochter noch ein Mal so viel, wie die Mutter, mithin $\frac{2}{3}$, diese $\frac{1}{3}$ erhält[35]).

Uebrigens erfordert die Consequenz, in den Fällen, wo die testamentarischen Miterben ein Accrescenzrecht für sich in Anspruch nehmen dürfen, es ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit, also auch wider ihren Willen, eintreten zu lassen (s. die Note 20). Denn das Recht gründet sich ja darauf, daß alle solidarisch zu der Erbschaft berufen sind und nur durch das Zusammentreffen mehrerer Theile entstehen; scheidet daher Einer aus, so consolidirt sich das Recht, und also natürlich auch die erbrechtliche Verbindlichkeit, der Uebrigen ganz von selbst.

35) Für den Paganus ergiebt sich dies Resultat wiederum mit Rechtsnothwendigkeit, wie das jus accrescendi, aus dem Grundsatz der Untheilbarkeit des testatorischen Willens; hier dagegen wird es aus der vermuthlichen Absicht des Testirers hergeleitet. *A.* Faber Err. Pragm. Dec. 72. Err. 6. p. m. 508. sq. Wernher lectiss. comment. ad Dig. *h. t.* §. 9. — Auch die L. 17. pr. D. *h. t.* enthält eine Entscheidung, welche, wenn sie gleich mit unserer Frage in keiner Verbindung steht, immer doch beweist, daß man im Zweifel das Testament eines Soldaten den gemeinrechtlichen Grundsätzen gemäß auslegte. Wenn nämlich der Testirer jedem Erben bestimmte Arten von Sachen zugewiesen hat, und zwar in der Art, daß das Vermögen dadurch vollständig erschöpft ist, so erscheinen sie sämmtlich zu gleichen Theilen eingesetzt, die zugewiesenen Objecte aber erhält Jeder als Prälegat; also die Schulden müssen von Allen zu gleichen Theilen entrichtet werden, wenn auch das, was Jedem zugewiesen ist, nicht gleich viel beträgt. *A.* Faber Err. Pr. Dec. 71. Err. 3. p. m. 485. Pothier Pand. Justin. in der Note zu Nr. 26. dieses Titels.

Digitized by Google

4) Gemeinrechtlich kann man nicht aus mehreren Testamenten beerbt werden [36]). Diese Regel leidet zwar überhaupt mannichfache Modificationen [37]); weiter geht aber auch hier das Recht der Soldaten, als das der Pagani. — „Militi licet plura testamenta facere," sagt Ulpian [38]); das heißt: mehrere Testamente eines Soldaten können mit gleicher Wirkung neben einander bestehen [39]), die in beiden eingesetzten Erben werden als in demselben Testament eingesetzte Miterben betrachtet,

36) S. hierüber Bd. 38. d. Comment. §. 1430. S. 335—345.

37) Bd. 38. d. Comment. §. 1431.

38) L. 19. pr. D. *h. t.*

39) L. 19. pr. cit. „sive simul fecerit, sive separatim" —. Hieran hat A. Faber großen Anstoß genommen: zugleich mehrere Testamente errichten, sei absolut unmöglich, da nothwendigerweise das eine früher, das andere später gemacht seyn müsse; er hält daher diese Worte für einen Tribonianismus. (Error. Pragm. Dec. 71. Err. 4. init.) Indessen wird auch noch an einem andern Orte von „duobus codicibus simul signatis" gesprochen. (L. 1. §. 6. D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII. 11.), und wie dies gleichzeitige Errichten oder Solemnisiren mehrerer Testamente zu verstehen sey? darüber findet sich bereits eine Erörterung im 38. Bde d. Comment. §. 1431. S. 484. fg. (Vergl. auch Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 300. Not. 68.) Bei einem Soldaten läßt sich dies sogar ganz buchstäblich denken, nämlich wenn er im Feldlager Mehreren gleichzeitig seinen letzten Willen, d. h. bald dem Einen bald dem Anderen einen Satz, in die Feder dictirt; z. B. er bezweckt über verschiedene Theile seines Vermögens verschiedene Anordnungen und zwar, durch den Drang der Umstände bestimmt, so schnell wie möglich zu treffen.

Digitized by Google

und das folgende hebt ein früher errichtetes nicht auf[40]). Ulpian erfordert indessen eine ausdrückliche Erklärung, daß die mehreren Testamente neben einander bestehen — „si hoc specialiter expresserit“. Nach der Meinung A. Faber's soll auch dies ein Zusatz Tribonians seyn[41]). In der That aber wird eine solche Erklärung des Testirers unumgänglich nöthig in dem Falle, an welchen hier Ulpian ohne Zweifel denkt, nämlich wenn in beiden Testamenten der Testirer über sein gesammtes Vermögen verfügt, in jedem derselben aber verschiedene Erben gerufen hat. Ist dies der Fall und der Testirer hat in dem folgenden Testament das frühere nicht bestätigt, so kann dasselbe überall nicht weiter gelten; dies erfordert nicht blos die Consequenz, sondern es darf auch wohl als der Wille des Testirers angesehen werden[41]). Erklärt er aber in dem folgenden Testament, daß auch das frühere gelten solle, so werden nun die in den verschiedenen Testamenten eingesetzten Erben als Miterben zu betrachten, wie wenn sie in demselben Testament eingesetzt wären. Dagegen bedarf es einer solchen Bestätigung überall nicht, wenn entweder in beiden Testamenten oder doch in einem derselben nur über besondere Quoten oder Bestandtheile des Vermögens verfügt wird; es ist einerlei, ob der Soldat in abgesonderten Testamenten theilweise über seinen Nachlaß disponirt, oder ob er nach und

40) L. 19. pr. cit. — „nec superius per inferius rumpetur, quum et ex parte heredem instituere possit (miles), hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere.“ S. Bd. 38. d. C. §. 1430. S. 338. fgg.

41) Err. Pragm. Dec. 71. Err. 6.

Digitized by Google

nach sein Testament niederschreibt[43]). Hieher gehört auch folgendes Responsum von Paulus[44]): „Miles castrensium bonorum et non castrensium diversis heredibus institutis, postea castrensium bonorum alias heredes instituit. Prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit; nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus heres scriptus fuisset.“ Der Soldat hatte in dem früheren Testament zwar über sein gesammtes Vermögen verfügt, allein dem einen Erben das castrensische Gut, dem andern das übrige zugewiesen. In dem späteren ernennt er für die bona castrensia andere Erben. Diese treten nun an die Stelle der früher auf diesen Vermögenstheil eingesetzten Erben; theilweise ist also durch die spätere Verfügung die frühere aufgehoben. Und dasselbe Resultat würde auch eintreten[45]), wenn in dem ersten Testament nur ein Erbe ernannt in dem letzteren ein anderer blos auf einen Bestandtheil des Gesammtvermögens eingesetzt wäre; dadurch wird nämlich dem ersten Erben soviel von dem Ganzen entzogen, als dem zweiten zugewandt ist[46]). — Also: mehrere

42) Vergl. Voet ad Pand. *h. t.* §. 6.

43) S. L. 35. in f. D. *h. t.* u. oben §. 1476. Not. 64.

44) L. 36. §. 1. D. *h. t.*

45) Dies bedeuten die Worte: *nec videtur mutare;* d. h. nihil refert: interest. S. Forcellini Lex. v. *muto* §. *Non mutat.* Dirksen manuale v. *mutare* §. 3.; wo sich auch andere Anwendungen dieser Redensart bei den Pandektenjuristen nachgewiesen finden. — Vrgl. Cujacius ad Papiniani Resp. Lib. VI. opp. ed. Neap. T. IV. p. 1073. sq. (Cujacius hält nämlich Papinian nicht Paulus für den Urheber dieser Stelle.)

46) Vergl. *A.* Faber Err. Pragm. Dec. 71. Err. 4. p. m.

Digitized by Google

Testamente eines Soldaten gelten neben einander, soweit dies ohne Widerstreit geschehen kann, auch wenn der Testirer hierüber nichts Näheres bestimmt hat. Ist ein Widerstreit vorhanden, so hebt die spätere Verfügung die frühere ganz oder theilweise auf, falls nicht der Testirer gewollt hat, daß beide neben einander bestehen; alsdann beschränken die in verschiedenen Testamenten ernannten Erben einander auf die nämliche Art, wie Miterben, die in demselben Testamente zu einem Ganzen gerufen sind[47]).

Auch hier gilt die letztwillige Verfügung des Soldaten gerade so, wie sie gemeint ist. Daher ist vor allen Dingen die Absicht des Testirers zu erforschen, ehe von einer Anwendung des vorstehenden Grundsatzes die Rede seyn kann. Bloße Vermächtnisse können nicht wie Erbeinsetzungen interpretirt werden; denn dies würde ja der Absicht des Testirers zuwider laufen. Darauf geht die Erörterung bei Ulpian in der öfter angeführten L. 19. D. *h. t.* Gefragt, was Rechtens sey, wenn der Soldat ein zweites Testament mache und hierin erkläre: er trage dem Erben auf, auch dem früheren Testament Geltung zu verschaffen — *fidei heredis committere*, ut priores tubulae valerent — ? antwortet er: Ein Soldat könne allerdings mehrere Testamente errichten, die neben einander bestehen, wie wenn die darin enthaltenen Erbeinsetzungen in demselben Testament erfolgt seyen. Im vorliegenden Falle habe er ja aber nicht schlechthin

464. sq. Pothier ad h. l. Nr. XXVI. tit. *de test. milit.*

47) *A.* Faber Dec. 71. Err. 5. Höpfner Comment. §. 454. Nr. 5. Haenel Diss. I. p. 36.

Digitized by Google

die Geltung des ersten Testaments angeordnet, sondern nur die Erfüllung desselben dem zweiten Erben zur Pflicht gemacht, mithin die in jenem verfügte directe Erbeinsetzung in eine fideicommissarische verwandelt: „apparet, eum non ipso jure valere voluisse (testamentum), sed magis per fideicommissum, id est, in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse". Aus dem früheren Testament ist mithin ein Codicill geworden, dessen Inhalt der in dem zweiten Eingesetzte, als Fiduciarerbe, zu realisiren hat[48]).

5) Zum Theil hiermit in Verbindung steht der Satz, daß der Soldat auch in einem Codicill einen directen Erben ernennen kann[49]). Aber wie ist dies zu verstehen? Auf die Form kann es unmöglich bezogen werden, denn das privilegirte Soldaten-Testament bedarf nach röm. Recht überall keiner Form und auch die Notariatsordnung Maximilians I. erfordert doch nur zwei Zeugen, mithin jedenfalls weniger, als zu einem gemeinrechtlichen Codicill nöthig sind. Eben so wenig darf dies so verstanden werden, daß eine letztwillige Verfügung, worin sich bloß Vermächtnisse angeordnet finden, die Bedeutung eines Testaments im engeren Sinne habe, m. a. W., daß die Vermächtnißnehmer als s. g. directe Erben zu behandeln seyen; denn dies wäre ja offenbar gegen die Absicht des Testirers. Höpfner sagt: wenn ein Soldat erkläre, daß sein letzter Wille ein bloßer Codicill, kein Testament seyn solle und dennoch sich einen directen Erben darin ernenne, so sey dies eigentlich widersprechend, indessen werde

48) *A.* Faber Err. Pragm. Dec. 71. Err. 2. Muretus ad h. l. (opp. T. IV. p. 397.)

49) L. 36. pr. D. *h. t.*

Digitized by Google

dieser Widerspruch dem Soldaten nachgesehen[50]). Daß in einem solchen Falle die Einsetzung giltig sey, hat seine Richtigkeit. Nur darf man nicht gerade annehmen, daß in einer solchen Disposition ein Widerspruch liege; so gewiß nicht in dem Falle, wenn der Soldat, bekannt damit, daß man unter einem Codicill ein unförmliches Testament versteht, sich etwa in folgender Art äußert: in diesem meinem Codicill setze ich zu Erben ein u. s. w. Uebrigens konnte dies Resultat nicht einmal zweifelhaft seyn, und wäre es der einzige Anwendungsfall gewesen (wie Höpfner anzunehmen scheint), so würde man es schwerlich der Mühe werth gehalten haben, dies besonders hervorzuheben. Die röm. Juristen dachten hierbei wohl nur an Codicille, die neben einem Testamente vorkommen (codicilli ad testamentum facti). Darauf stellt Paulus (in der L. 36. pr. D. *h. t.*) auch geradezu die Regel: „Militis *codicillis ad testamentum factis*[51]) *etiam hereditas jure videtur dari*", und knüpft daran folgende Anwendung: „Quare, si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur." Es wird hierbei ohne Zweifel vorausgesetzt, daß der Soldat, nachdem er im Testamente einen Erben ernannt und Ver-

50) Comment. §. 454. Nr. 6.

51) Die Acc. Glosse versteht darunter bestätigte Codicille (Gl. *ad testamentum h. t.*). Allein alle neben einem Testamente bestehenden Codicille, auch die nicht bestätigten heißen ad testamentum facti; L. 16. D. *de jure codicillorum.* (XXIX. 7.) — Cujacius ad Papiniani responsor. (vergl. die Bem. in Not. 45.) Lib. VI. (ed. Neapol. T. IV. p. 1072. sq.)

Digitized by Google

mächtnisse angeordnet hatte, in einem Nachtrage (den er als Codicill oder auch geradezu als Nachtrag bezeichnete) aber noch einen neuen Erben und zwar zur Hälfte des Vermögens berief. Hier war allerdings ein Zweifel darüber möglich, ob nicht der Inhalt des Nachtrags als eine zum voraufgegangenen Testamente gehörige Vermächtnißanordnung zu betrachten sey? und dieser Zweifel konnte dadurch leicht veranlaßt werden, daß die folgende Verfügung nicht als Testament, sondern eben nur als Nachtrag zu der früheren bezeichnet war, zumal da in dem voraufgegangenen Testament sich ein Erbe auf das Ganze eingesetzt fand. So also hat die Regel, nach welcher man die zweite Disposition als directe Erbeinsetzung gelten ließ, Grund und Bedeutung [52]). — Umgekehrt erwähnt Ulpian in der L. 19. pr. D. h. t., die schon mehrfach unsere Aufmerksamkeit in Anspruch genommen hat, einer Codicillardisposition, welche durch ein nachfolgendes Testament die Kraft einer directen Erbeinsetzung erhalte: „Quinimo et si codicillos ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere, et efficere directam institutionem, quae erat precaria". Ausgemacht war also, daß die frühere Verfügung eine fideicommissarische Anordnung enthielt. Zwar waren im Soldaten-Testament bestimmte Einsetzungsworte (directa, solen-

52) Eine gründliche Ausführung über diese Stelle und über die wahre Bedeutung der Regel: der Soldat könne auch in einem Codicill einen Erben ernennen, findet sich bei A. Faber Err. Pragm. Dec. 74. Err. 4. Doch ist er von Neueren bisweilen mißverstanden (cf. z. B. Westphal von Testamenten §. 762.), woran wohl seine Darstellungsweise Schuld ist.

Digitized by Google

nia verba) überhaupt nicht erforderlich. Nichtsdestoweniger ließ sich eine precaria institutio (wie Ulpian die Verfügung nennt) von der directa leicht unterscheiden. Ohne Zweifel hatte der Testirer seinem künftigen (Testaments- oder Intestat-) Erben die Restitution der Erbschaft, oder eines Theils derselben, aufgetragen. In der späteren Disposition setzt er eigentliche Erben ein und verordnet, daß zu diesen auch der Fideicommißerbe gehören solle. Mit dem Recht des Soldaten, sich auch im Codicill einen directen Erben zu ernennen, hat dies nun offenbar nichts gemein; denn die Erbeinsetzung ist hier ja nicht im Codicill, sondern in dem späteren Testament erfolgt. Jenes Recht hat aber Ulpian dabei auch gar nicht vor Augen, sondern er erläutert nur den Satz, daß über das Verhältniß, worin mehrere Testamente des Soldaten zu einander stehen, die Absicht des Testirers entscheide; es könne die frühere directe Erbeinsetzung in eine fideicommissarische, umgekehrt, eine fideicommissarische in eine directe verwandelt werden, — es könnten aber auch die in verschiedenen Testamenten enthaltenen Erbeinsetzungen so gelten, wie wenn sie in der nämlichen Disposition angeordnet seyen.

6) Wenn ein Nichtsoldat von einer gewissen Zeit an, oder bis zu einer gewissen Zeit, oder unter einer Resolutivbedingung einen Erben einsetzt, so besteht die Verfügung ohne die Modalität, also (im ersten Fall) beginnt das Recht des Erben auf gewöhnliche Art (gleich mit dem Tode des Erblassers), der dies ad quem oder die Resolutivbedingung aber bleiben ebenfalls wirkungslos, d. h. der Erbe behält die Erbschaft[53]. Nur indirect,

53) §. 9. J. *de hered. inst.* L. 34. D. *eod.* (XXVIII. 5.)

Digitized by Google

oder durch fideicommissarische Anordnungen ist das zu bewirken, was hierunter gemeint seyn kann, daß nämlich der Honorirte erst nach einiger Zeit zum Besitz und Genuß des Vermögens gelangt, oder umgekehrt, daß er nach Eintritt von Zeit oder Bedingung dasselbe wieder herausgeben muß [54]). Der Soldat ist auch an diese Beschränkung nicht gebunden: „Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus, vel ex conditione, vel in conditionem“ [55]). Das heredem facere *ex conditione* (unter einer Suspensivbedingung) ist kein besonderes Recht des Soldatentestaments [56]). Was die übrigen Fälle anbelangt, so hat entweder a) der Testirer bestimmt, wer ihn zunächst beerben und wer auf diesen folgen soll [57]); oder b) er hat nur die Dauer des Erbrechts für den instituirten Erben (durch Zeitbestimmung oder Resolutivbedingung) festgesetzt, ohne über eine Nachfolge etwas anzuordnen. Alsdann tritt nach beendigtem Recht des ernannten Erben die Intestaterbfolge ein [58]);

— „vitis temporis sublato, manet institutio“. — Vergl. Bd. 40. d. Comment. §. 1441. S. 188—191.

54) Bd. 40. d. Comment. a. a. O. S. 192. fg.

55) L. 15. §. 4. D. *h. t.* — L. 8. C. *eod.* „Certi juris est, militem ad tempus etiam heredem instituere posse.“

56) Vergleiche hierüber Band 41. des Commentars. §. 1461. S. 190. fg.

57) L. 41. pr. D. *h. t.* (Tryphonin). „Miles ita heredem scribere potest: *quoad vivit Titius, heres esto; post mortem ejus Septicius*“.

58) Ebendas.: „Sed si ita scripserit: *Titius usque ad annos decem heres esto*, nemine substituto; intestati causa post decem annos locum habebit.“

Digitized by Google

oder c) es ist bestimmt, daß der Erbe erst nach einer gewissen Zeit die Erbschaft haben, nicht aber, wie es bis dahin gehalten werden solle. In diesem Fall tritt einstweilen die Intestaterbfolge ein: „Et quia diximus (fährt Tryphonin a. a. O. fort), ex certo tempore — — milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur.“ Da nämlich der Eintritt des dies nicht wie der einer Bedingung rückwirkende Kraft hat, so muß für die Zwischenzeit nothwendig ein anderer Erbe eintreten, und dies kann natürlich nur der Intestaterbe seyn. — Gewöhnlich denkt man sich nun das Verhältniß so, daß der zunächst eintretende Erbe gänzlich aufhöre Erbe zu seyn, wenn der folgende eintritt, und dieser als directer Erbe die Erbschaft erhalte [59]). Diese Annahme erhält auch eine scheinbare Unterstützung durch die allgemeine Fassung der obigen Sätze, insonderheit aber dadurch, daß Tryphonin dies Recht des Soldaten mit der Befugniß, nur über einen Theil des Vermögens disponiren zu dürfen, vergleicht [60]), also zu sagen scheint: so gut wie der Soldat sich einen directen Erben für einen Theil des Vermögens ernennen kann, den anderen aber der Intestaterbe ebenfalls als directer Erbe erhält, so läßt es sich auch denken, daß mehrere

59) *Fr.* Duarenus comment. in h. t. cap. 6. opp. p. 431. *B. H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 28. §. 14. Höpfner Comment. §. 512. zu Note 4. Roßhirt testamentar. Erbr. I. §. 98. Nr. I.

60) L. 41. pr. in f. D. *h. t.* „Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, *ex eodem privilegio competat*“.

Digitized by Google

directe Erben auf einander folgen[61]). Indessen treten dieser Ansicht erhebliche Bedenken entgegen. Zuvörderst die allgemeine Rechtsregel: non potest effici, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse[62]). Zwar läuft es auf eine leere Subtilität hinaus, wenn Anton Faber auszuführen sucht, es könne dies auch durch kein Gesetz bewirkt werden[63]). Indessen ist gewiß nicht zu läugnen, daß die Regel keineswegs nur auf dem jus publicum, dem rein positiven Testamentsrecht der Römer beruht, sondern auch in der Natur der Sache selbst liegende Gründe für sich hat. Läßt man einen vollständigen Erbenwechsel zu, so sind nunmehr die Erbschaftsgläubiger von dem Augenblick an, wo jener Wechsel eintritt, an einen ganz neuen Schuldner gewiesen; an den bisherigen dürfen sie sich nicht weiter halten, denn dieser hat ja ganz aufgehört Erbe zu seyn. Diese Inconvenienz wird dadurch noch vermehrt, daß der erste Erbe im vollen Genuß des Rechts bis zum Eintritt des anderen bleibt, und diesem lediglich den Hauptstamm zu restituiren hat. Man denke nun aber vollends an den Fall, wenn der zweite Erbe die Erbschaft gar nicht haben will; der erste scheidet völlig aus, er würde also als Erbe überall nicht mehr, sondern nur als Besitzer des Vermögens in Anspruch genommen werden können. Und wie nun, wenn er das Vermögen ganz oder zum Theil durchgebracht hat, was nicht leicht gehindert werden könnte, da (wenn die gemeine Ansicht

61) Pothier Pand. Justin. in not. ad Nr. XXII. *h. t.* Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 324. Not. 112.

62) L. 88. in f. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.)

63) *A.* Faber Err. Pragm. Dec. 27. Err. 2. u. Jurisprud. Papin. Tit. 2. p. 67.

Digitized by Google

wahr ist) von ihm als Erben keine Sicherheitsbestellung verlangt werden dürfte. Allerdings kann auch ein Wechsel der Personen durch Anordnung eines Universalfideicommisses veranlaßt werden. Allein hier ist dafür gesorgt, daß daraus keine wesentlichen Nachtheile für dritte Personen entstehen. Der Fiduciar muß den fideicommissarischen Erben Sicherheit der Restitution halber bestellen [64]), wodurch denn mittelbar auch die Gläubiger gesichert sind. Weigert er sich anzutreten, so tritt nun mehr der fideicommissarische Erbe ein [65]), und wenn umgekehrt dieser die Erbschaft nicht haben will, so erhält oder behält der Fiduciar die Erbschaft ohne das onus fideicommissi; in beiden Fällen haben mithin die Gläubiger es nur mit einem Schuldner zu thun. Und kommt es auch zur Restitution, so wirkt hier dennoch die Regel ein: semel heres semper heres. Der Fiduciar bleibt also Erbe, und Jeder wird nach Maaßgabe dessen, was aus der Erbschaft an ihn kommt, in Anspruch genommen, wobei denn, wenn auch das Ganze zu restituiren ist, jedenfalls die inzwischen gezogenen Aufkünfte als erbschaftliche Emolumente dem ersteren angerechnet werden [66]). Bei genauer Erwägung des Verhältnisses wird man daher auf das Resultat kommen müssen, daß der ex die certo im Soldaten-Testament ernannte Erbe, bei einer Einsetzung usque ad diem certum aber der Intestaterbe als fideicommissarischer Erbe eintrete [67]). — Ein neuerer Schriftsteller,

64) L. 14. pr. D. *ut legator. vel. fideicommissor. servandor. causa caveatur.* (XXXVI. 3.) L. 54. in f. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.)

65) L. 44. pr. D. *ad Sct. Treb.*

66) §. 3. 4. 7. J. *de fideic. heredit.* — L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. D. *ad Sct. Treb.*

67) Dies Alles ist gründlich ausgeführt von Dernburg Bei-

Digitized by Google

welcher (was so selten der Fall ist) die mancherlei mit der gewöhnlichen Meinung verbundenen Inconvenienzen ins Auge gefaßt hat, nimmt denn auch an, daß sowohl in Ansehung des Verhältnisses beider Erben als in Beziehung auf die Gläubiger die Analogie bedingter und betagter Fideicommisse zur Anwendung zu bringen sey, er vermag sich indessen von der gemeinen Vorstellungsweise nicht ganz los zu machen, indem, wie er glaubt, nichtsdestoweniger den Standpunct directer Successionen haben soll [68]). Allein offenbar ist dadurch eine Anomalie zu Tage gefördert, deren Anerkennung und practische Durchführung die größten Schwierigkeiten finden wird, — ein Zwitterinstitut, welches aller und jeder juristischen Grundlage ermangelt. Und warum will man denn nicht lieber geradezu den eintretenden Erben als Fideicommißerben gelten lassen? Weder der Wille des Testirers noch der Ausdruck unserer Rechtsquellen steht dem entgegen. Der Testirer beabsichtigt offenbar nur, in dem einen Fall, daß der von ihm ernannte Erbe erst mit Eintritt der bestimmten Zeit das Vermögen erhalte, in dem anderen, daß er es dann abgebe; ob der eintretende Erbe die Eigenschaft eines directen Erben habe, oder nicht, ist für diesen Zweck gewiß sehr gleichgiltig [69]). Auch in den ange-

träge zur Geschichte der röm. Testamente. (Bonn 1821.) S. 307 — 311. Vergl. Bd. 40. d. Comment. §. 1441. S. 188 — 193.

68) Roßhirt testamentar. Erbr. I. §. 98. Nr. I.

69) Höpfner (Comment. §. 512. Not. 4.) meint, wenn hier von fideicommissarischer Restitution die Rede wäre, so müsse der Vorerbe dem Nacherben die Trebellianische Quart abziehen können. Dies würde allerdings nicht der Absicht des Testirers gemäß seyn. Allein dergleichen Abzüge finden ja

Digitized by Google

führten Coderstellen ist von der Erbenqualität nicht die Rede, sondern es heißt nur, der Soldat dürfe dergleichen wirksam anordnen. Nichts berechtigt uns, daraus zu schließen, daß hierdurch auch die Befugniß anerkannt sey, Anordnungen zu treffen, welche nicht nur allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerstreit stehen, sondern auch das Recht dritter Personen leicht gefährden können.

Dies Privilegium beschränkt sich mithin darauf, daß eine in directer Form hinzugefügte Zeitbestimmung oder Resolutivbedingung, keineswegs, wie bei dem Testamente eines Paganus, als gar nicht vorhanden anzusehen, sondern giltig und wirksam ist, also auch hier dem Willen des Soldaten nachgegangen wird, soweit sich dies mit allgemeingiltigen Rechtsprinzipien vereinigen läßt [70]). — Uebrigens ist ausdrücklich entschieden, daß der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (ad tempus) ernannte Erbe die Vermächtnisse zu zahlen habe, nicht aber der nach ihm eintretende, wenn nicht das Gegentheil vom Testirer gewollt ist [71]).

7) Auch in Ansehung des Substitutionsrechts sind manche Besonderheiten für das Soldatentestament anerkannt, weshalb man denn auch wohl von einer substitutio militaris spricht [72]). — Eine directe Vulgarsubstitution ist giltig, auch wenn sie auf den Fall gestellt

bei der Erbschaft eines Soldaten überhaupt nicht Statt. S. unten Nr. 8.

70) Dernburg a. a. O. S. 310. fg. Not. 13. Bd. 4. d. Comment. S. 193.

71) L. 19. §. 2. D. *h. t.*

72) *Thom.* Papillonius de substitutione militari (in *Ottos* thesaur. T. IV. p. 357. sqq.) Höpfner Comment. §. 512.

Digitized by Google

ist, daß der zuerst Eingesetzte schon Erbe geworden seyn würde, oder (m. a. W.) auf diesen Fall dem Vorerben ein directer Nacherbe ernannt ist [73]). Dies fällt ganz zusammen mit dem bereits erörterten Recht einer Erbeinsetzung bis zu einer gewissen Zeit; ob der Nacherbe vom Testirer im Voraus bestimmt ist, oder der Intestaterbe eintritt, macht keinen Unterschied [74]). — Eine Pupillarsubstitution kann der Soldat anordnen, auch wenn er sich selber kein Testament macht, woraus dann weiter folgt, daß, wenn der Testirer sich ebenfalls einen Erben ernennt hat, dieser aber die Erbschaft nicht haben will, dennoch die Pupillarsubstitution bei Kräften bleibt [75]). Dies ist das wichtigste Vorrecht des Soldaten in Ansehung der Pupillarsubstitution; denn andere hierauf sich beziehende Privilegien enthalten wenigstens nichts, was nicht auch Anderen möglich wäre, wenn es auch gerade nicht in der von dem Soldaten gewählten Form erreicht werden kann. Dahin gehört, a) daß der Soldat seinen Kindern über die Jahre der Pubertät hinaus substituiren kann. Das Vorrecht des Soldaten zeigt sich hier lediglich darin, daß die Substitution zu Recht besteht, auch wenn sie in directer Form ausgesprochen ist, immer aber hat sie nur die Wirkung einer fideicommissarischen Substitution, soweit sie über die Jahre der Pubertät hinausreicht; also: stirbt das Kind vor der Pubertät, so erstreckt sich die Wirkung der Substitution auch auf das eigne Vermögen desselben, späterhin be-

73) L. 41. pr. D. *h. t.*

74) Vergl. Göschen Vorlesungen Bd. 3. Abth. 2. S. 289.

75) L. 2. §. 1. D. *de V. et P. S.* (XXVIII. 6.) L. 41. §. 5. D. *h. t.* (Vergl. Bd. 40. d. Comment. §. 1452. zu Anfang u. §. 1455. S. 473. Nr. c.

Digitized by Google

schränkt sie sich auf das vom Vater selbst herrührende [76]). Dies ist auch allgemein anerkannt. Gestritten wird aber noch darüber, ob nicht der Nacherbe als directer Erbe eintrete? Die dies behaupten stützen sich vornämlich darauf, daß die L. 8. C. *impub. subst.* nur sage: *veluti* ex causa fideicommissi bona peti posse. Erwägt man indessen die Gründe, welche überhaupt dafür sprechen, daß (abgesehen von der Pupillarsubstitution) auch ein Soldat nicht mehrere auf einander folgende directe Erben ernennen könne [77]), so leidet es gewiß keinen Zweifel, daß die Worte veluti ex causa fideicommissi dahin zu verstehen sind, wenn gleich die Anordnung ihrer Form nach keine fideicommissarische ist, so besteht sie doch als Fideicommiß [78]). — Sodann b)

76) L. 15. D. *de vulg. et pup. subst.* „Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis decesserint, *directo* substituit; intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet, post eam autem aetatem ex privilegio militum patris duntaxat cum fructibus inventis in hereditate". — L. 8. inf. C. de impub. et *aliis substit.* (VI. 26). — — „post pubertatem — — *veluti ex causa fideicommissi* bona, quae quum moreretur patris ejus fuerint, a te peti possunt". Vgl. Bd. 40. d. Comment. §. 1451. S. 379 — 382.

77) S. die Ausführung zu den Noten 62 — 70. dieses §.

78) Höpfner (Comment. §. 512. Note 1. wo sich auch zahlreiche Citate aus Schriften, die diese Frage zum Gegenstande haben, finden) meint, wenn man die Substitution nur als fideicommissarische gelten lasse, so bleibe überall kein Vorrecht des militärischen Testaments mehr übrig, zumal nach dem Gerichtsgebrauch, welcher auch ähnliche

Digitized by Google

gehört hieher das Recht des Soldaten, auch einem nicht in seiner Gewalt befindlichen Kinde pupillariter zu substituiren[79]). Diese Substitution ist ebenfalls nur in An-

Anordnungen eines Nichtsoldaten stets als Fideicommiß bestehen lasse. Indessen s. man, was gegen diesen angeblichen Gerichtsgebrauch Bd. 40. d. Comment. §. 1451. S. 382. bemerkt wurde.

79) L. 28. D. *h. t.* L. 41. §. 4. *eod.* — Die bekannten Handschriften und alle Ausgaben (auch die neuesten) geben den Anfang der letzteren Stelle so: „Exheredato miles et emancipato filio substituere potest". Darauf folgt denn die Bemerkung: aber nur in Ansehung des vom Testirer selbst herrührenden Vermögens äussere eine solche Substitution ihre Wirkung (s. die folg. Note). Um diese Aeusserung mit dem Exheredatus zu vereinigen, muß man an Vermächtnisse denken, welche demselben hinterlassen seyen. Doch ist dies jedenfalls sehr gesucht und überdies ist es ja überall kein besonderes Recht des Soldaten, dem enterbten Sohne pupillariter zu substituiren (s. Note 85). Dagegen ist in dem vorausgehenden §. von einem enterbten Sohne die Rede und zwar so, daß das Exheredato zu dem Schlußsatz nicht nur sehr gut paßt, sondern hier sogar jedenfalls hinzu gedacht werden muß (s. Note 86). Man sollte denken, hierauf dürfe nur einer aufmerksam machen, um sofort dem obigen Worte die Stellung zu verschaffen, welche ihm ganz unzweifelhaft gebührt. Allein schon Viglius ad §. 4. J. de *pup. subst.* schlug diese Verbesserung vor und Alle, welche sich darüber geäussert haben, billigen sie, ja erklären sie für nothwendig, weil die Stelle sonst keinen Sinn habe (s. Muretus ad h. l. — „Hic §. male distinguitur in omnibus vulgatis libris — — debet autem continenter legi *reliquerit exheredato*"—; Schulting u. Smallenburg in nat. ad *h. l.* Höpfner Comment. §. 512. Not. 2. und die daselbst angef.

Digitized by Google

sehung des Vermögens wirksam, welches von dem Testirer an das Kind gekommen ist [80]), und auch Nichtsoldaten können das Nämliche erreichen, wenn sie entweder das Kind unter der Bedingung seiner Mündigkeit einsetzen und ihm für den Nichterfüllungsfall dieser Bedingung einen Dritten substituiren, oder wenn sie eine fideicommissarische Substitution anordnen [81]). Mithin zeigt sich auch hier das Privilegium des Soldaten nur darin, daß die Verfügung des Soldaten jedenfalls als fideicommissarische besteht, wenn er gleich unter der Form einer gewöhnlichen Pupillarsubstitution den Nacherben er-

Vinnius, Donellus u. Forster; ferner Pothier in not. ad *h. l.* Pand. Justin. nr. 23., der deutsche Uebersetzer des Corp. jur. und wahrscheinlich noch viele Andere). Dennoch können die Herausgeber sich von der unrichtigen Wortverbindung nicht trennen. Bei einer so sclavischen Anhänglichkeit an das Ueberlieferte, auch in Dingen, worauf jedenfalls die Willkühr der abendländischen Bearbeiter unserer Compilation den größten Einfluß übte (vgl. Cramer in praef. ad Titt. de verborum signific. p. XIX. sq.), werden wir schwerlich auf eine Ausgabe unserer Hauptquellen rechnen dürfen, wie wir sie von Klassikern besitzen, die in keiner besseren Gestalt auf uns gekommen sind, als jene.

80) L. 41. §. 4. D. *h. t.* „Verum hoc jus in his exercebitur, quae ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit, quae postea acquiscerit. Nam et si filio suo, vivo adhuc avo, substituit, post acquisitam ei avi hereditatem nemo diceret ad substitutum pertinere.

81) L. 33. D. *de vulg. et pup. subst.* §. ult. J. *de pup. subst.* — S. Bd. 40. des Comment. §. 1446. S. 261.

Digitized by Google

nannt hat. — c) Bei dem Testament eines Soldaten wird alles buchstäblich genommen, soferne nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, daß er etwas Anderes gewollt habe. Daraus folgt, daß von einem ausgedrückten Substitutionsfall im Zweifel auch nicht auf einen nicht ausgedrückten geschlossen werden darf, also die simplex substitutio nicht als duplex (die vulgaris nicht auch als pupillaris und umgekehrt) gilt[82]). Ist aber das Gegentheil außer Zweifel, so findet auch die für gewöhnliche Testamente geltende Beschränkung nicht Statt, daß eine gegenseitige Substitution von Miterben nur als vulgaris gelten kann, wenn nur einem der Miterben pupillariter substituirt werden darf[83]). Von selbst versteht sich aber dafür wieder die Beschränkung, daß diese Substitution ihre Wirkung nur auf das von ihm selber herrührende Vermögen erstreckt und in Ansehung dessen, welchem blos vulgariter substituirt werden kann, die Bedeutung einer fideicommissarischen Substitution hat.

Daß der Soldat auch einem enterbten Kinde pupillariter substituiren könne, ist überall kein besonderes Recht, da es auch anderen Ascendenten zusteht[84]). In dieser Hinsicht hat der Soldat auch gar kein Privile-

82) L. 6. C. *h. t.* — Vgl. Bd. 40. d. C. §. 1447. S. 297. Not. 83.

83) L. 8. C. *de impub. et al. subst.* Darüber Bd. 40. d. C. S. 297 — 299. und über das gewöhnliche Recht: L. 4. §. 2. D. *de vulg. et pup. subst.* L. 2. C. *de impub. et al. subst.* — Bd. 40. d. C. S. 291 — 295.

84) §. 4. J. *de pup. subst.* — Vgl. Bd. 40. d. C. §. 1456. S. 375. fgg.

Digitized by Google

gium, indem selbst die Regel: ab exheredati substituto inutiliter legatum datur [85]) auch für ihn gilt [86]).

8) Die Lex Falcidia findet beim Testament eines Soldaten keine Anwendung [87]), also Vermächtnisse aller Art müssen zu voll bezahlt werden, soweit das Vermögen (nach Abzug der Schulden) dazu hinreicht. Dabei ist denn noch besondere Rücksicht auf den Fall genommen, wenn der Soldat, welcher militärisch testirt hat, in einem nach seiner Entlassung aus dem Militärstande errichteten Codicille Vermächtnisse anordnet und innerhalb eines Jahrs nach der Entlassung stirbt; (denn stirbt er später, so kann auch sein Testament nicht mehr gelten). Das militärische Privilegium darf hier nicht auf den Codicill bezogen werden, da der Testirer zur Zeit der Errichtung desselben nicht mehr Soldat war, wobei es ganz gleichgiltig ist, ob er in seinem Testamente die Codicillardisposition im voraus bestätigte, oder nicht; immer wird diese nach gemeinem Recht beurtheilt, weshalb

85) L. 126. pr. D. *de leg. I.*

86) L. 41. §. 3. D. *h. t.* „Si miles exheredaverit filium — — an legatum a substituto ejus dari possit? quaesitum est. Dixi, non posse, licet ampla legata reliquerit exheredato.“ S. oben Note 79. und Bd. 40. d. Comment. §. 1452. S. 407. fg. — Auf eine merkwürdige Art ist die Stelle mißverstanden von Westphal (von Testamenten §. 793). Er leitet diese Entscheidung daraus ab, daß ehemals ein Legatarius nicht mit Vermächtnissen habe beschwert werden können, sondern nur ein Fideicommissar; nachdem Justinian diesen Unterschied aufgehoben (meint er), müßten die Endworte der Stelle (Dixi, non posse u. s. w.) weggestrichen werden!

87) L. 12. C. *h. t.*

Digitized by Google

denn auch die darin angeordneten Vermächtnisse dem Abzug der Falcidischen Quart unterworfen sind [88]). Sind nun in beiden Verfügungen Vermächtnisse angeordnet, welche zusammen genommen drei Viertheile der Erbschaft übersteigen, so erhalten zuvörderst die testamentarischen Vermächtnißnehmer ihre Vermächtnisse vollständig ausgezahlt, das übrig Bleibende aber wird unter die Erben und die Codicillarvermächtnißnehmer in der Maße vertheilt, daß davon jene $\frac{1}{4}$, diese $\frac{3}{4}$ bekommen [89]). Wie nun aber, wenn die im Testamente angeordneten Vermächtnisse allein schon den Bestand der Erbmasse erschöpfen. In diesem Falle sollen zuvörderst die testamentarischen und Codicillar-Vermächtnisse zusammengerechnet werden, wie wenn sie in demselben Testamente angeordnet wären, mithin eine verhältnißmäßige Verminderung erfolgen, von dem Quantum aber, welches hiernach auf den Codicillar-Vermächtnißnehmer fällt, zieht der Erbe die Quarte ab [90]). Angenommen z. B. das Vermögen besteht aus

88) L. 17. §. 4. D. *h. t.* — — „nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt; ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse.“

89) L. 18. pr. *eod.* — „ex universitate bonorum in solidum solutis legatis, quae testamento miles dederat, id, quod supererit, pro dodrante ($\frac{9}{12}$) et quadrante ($\frac{3}{12}$) dividatur inter heredes et eos, quibus codicillis legata data sunt.“ Dasselbe wird auch in dem Schlußsatze der Stelle (L. 18. §. 2. *h. t.*) anerkannt. — S. Mureius in not. ad h. l.

90) L. 18. §. 1. *eod.* — „quoniam, si adhuc miles haec quoque (d. h. dei im Codicill angeordneten) legasset,

Digitized by Google

1200. Diese gehen durch die testamentarischen Legate vollständig darauf, im Codicill sind aber außerdem noch 400 vermacht. Wären diese 1600 sämmtlich im Testament vermacht, so würde eine verhältnißmäßige Reduction erfolgen müssen, mithin diejenigen, welchen 1200 vermacht sind $\frac{3}{4}$ oder neun Unzien des Nachlasses, die mit 400 Honorirten aber $\frac{1}{4}$ oder drei Unzien erhalten [91]). So soll es denn auch hier gehalten werden. Diese Berechnungsart findet mithin nur dann Statt, wenn durch die Vermächtnisse der Vermögensbestand überschritten ist. War dieß nicht der Fall, so würde eine Verminderung der Vermächtnisse überall nicht erfolgt seyn, wären sie sämmtlich in demselben Testament angeordnet worden. Darum sollen denn auch die testamentarischen Vermächtnißnehmer in einem Fall dieser Art Alles erhalten, wenn sie gleich mit Anderen concurriren, die sich ihren Theil vom Erben kürzen lassen müssen. Freilich führt diese Consequenz zu dem Resultat, daß bisweilen die testamentarischen Vermächtnißnehmer bei ihnen zugewandten höheren Vermächtnissen nicht so viel bekommen, als wenn

contribuebantur omnia et pro rata ex omnibus decedebat ex portio, quam amplius legaverat — — nunc quoque idem fiat". —

91) Vivianus in dem casus ad *h. l.* (L. 18. D. *h. t.*) stellt das Beispiel so: wenn im Testament 1200 (der ganze Vermögensbestand), im Codicill 400 vermacht seyen, also von der Gesammtsumme 400 abgehen, so blieben für die testamentarischen Vermächtnißnehmer 1000, für die codicillarischen 200 übrig, welche sie mit dem Erben nach dem obigen Verhältnisse theilen müßten. Offenbar ein falsches Rechnungsexempel und unbegreiflich, wie es in der deutschen Uebersetzung des C. j. (Note 37. zu dieser Stelle) gebilligt werden konnte.

Digitized by Google

ihnen weniger vermacht ist. Wenn z. B. von dem Ganzen = 1200 den testamentarischen Legatarien 1000 vermacht sind, 200 den Codicillarvermächtnißnehmern, so erhalten jene ihre Vermächtnisse ungekürzt, und nur die für die letztern übrig bleibenden 200 unterliegen einem Abzuge [92]), wogegen in dem obigen Fall, wo die ganzen 1200 im Testamente legirt waren, von dieser Summe nur 900 den Legatarien gewährt werden. Indessen kann das nicht anders seyn. Denn in dem Verhältnisse der Legatarien zu einander können die gemachten Zuwendungen natürlich nur bei einer Ueberschwerung des Vermögens mit Vermächtnissen eine Abkürzung erleiden; ist dies nicht der Fall, so kommt nur noch das Verhältniß der Legatarien zu dem Beschwerten in Betracht, wonach denn diejenigen, welche von dem Abzug der Quart frei sind, nothwendig alles ihnen Zugewandte vollständig erhalten müssen.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß die Freiheit vom Abzug den Universalfideicommissarien so gut zu Statten komme, als den Singularvermächtnißnehmern, also auch die s. g. Trebellianische Quart darf nicht abgezogen werden. Zum Ueberfluß ist dies ausdrücklich in unseren Quellen anerkannt, so wie auch, daß hierbei auf gleiche Art zu verfahren ist, wenn dergleichen Fideicommisse im Testamente und in dem nach der Entlassung errichteten Codicill angeordnet sind [93]).

9) Als ein besonderes Recht des militärischen Testaments ist es auch anzusehen, daß derjenige, dem ge-

92) Dieser Fall schwebte vielleicht dem Vivianus vor, als er sein Facit (s. die vor. Note) niederschrieb.

93) L. 92. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.)

Digitized by Google

wisse Bestandtheile des Vermögens (z. B. res italicae, res provinciales u. s. w.) restituirt werden sollen, das Recht eines Universalfideicommissars haben soll[94]). Daher darf er den Erben zur Antretung der Erbschaft des Soldaten und zur Restitution des Fideicommißobjects zwingen. Singularsuccessoren haben bekanntlich dies Recht nicht[95]), auch wenn der Gegenstand des Vermächtnisses ein Begriffsganzes, z. B. eine dem Erblasser erworbene Erbschaft ist[96]). Als Grund jenes besonderen Rechts wird angegeben, daß der Soldat ja auch einen directen Erben für die einzelnen Bestandtheile seines Vermögens ernennen dürfe (s. oben Nr. 3) und daraus wird denn weiter gefolgert, daß ein solcher Successor auch sonst ganz in das Verhältniß eines Fideicomissars nach dem Recht des Sct. Trebellianum trete, also für den Theil,

94) L. 16. §. 6. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.)

95) L. 17. D. *si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.) „Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii — — —. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, jussu Praetoris adeat et restituat; quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sunt, non magis tributum est, quam legatariis.“ Vergl. L. 53. D. *ad Sct. Treb.*

96) L. 29. §. 2. D. *de leg. III.* L. 27. §. 9. 10. D. *ad Sct. Treb.* — A. M. scheinen zwar Papinian und Ulpian zu seyn, L. 16. §. 5. *eod.* Indessen sind Lesart und Interpretation dieser Stelle gleich zweifelhaft. S. Schulting u. Smallenburg ad h. l. in not. ad Dig. T. V. p 583. Auch erklärt sich ja Ulpian in der folg. Stelle (s. Note 97) ausdrücklich für die gebilligte Ansicht.

Digitized by Google

welchen er aus dem Nachlaß des Soldaten erhält, als Erbe klagen und in Anspruch genommen werden könne [97]).

§. 1477. b.

Anwendung gewisser Vorschriften des positiven Testamentsrechts auf militärische Testamente.

Wenngleich das militärische Testament im Allgemeinen nicht unter dem Einfluß des jus publicum steht, so leidet doch auch dieser Grundsatz Einschränkungen, welche zum Theil schon im Zusammenhange oben dargestellt werden mußten. Es gehört dahin das Erforderniß der activen Testamentsfähigkeit (§. 1475.), sowie das der passiven in Ansehung der vom Soldaten honorirten Personen, welche jedenfalls wenigstens zur Zeit der Delation des Rechts vorhanden seyn muß (§. 1477. Nr. 1.). Ferner die Regel: ab exheredati substituto inutiliter legatum datur, welche auch für das Soldaten-Testament ohne Beschränkung, d. h. selbst in dem Fall gilt, wenn

97) L. 16. §. 6. D. *ad Sct. Treb.* — — „nam —, qua ratione excepta re (*al. ex certa re.* S. die Note in der Geb. Sp. Ausg. dem Sinne nach ist es einerlei.) miles heredem instituere potest actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. *Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerint, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait.* Nam sicuti concessum est, inquit, militibus, circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit.“

Digitized by Google

der Soldat dem Enterbten Vermächtnisse zugewandt hat (s. §. 1477. Note 86.). Außerdem ist in dieser Beziehung noch Folgendes zu bemerken:

1) Die Vorschrift des **Senatus Libonianum**, daß Niemand für sich ein Ebrecht oder Vermächtniß im Testamente eines Anderen niederschreiben solle, wenngleich der Testirer dies gewollt habe, nebst der hierauf gesetzten Strafe, ist auch auf das Soldaten-Testament anwendbar [98]).

2) Unanständige oder aus juristischen Gründen unzuläßige Bedingungen darf auch der Soldat nicht wirksam vorschreiben, d. h. der Erbe oder Vermächtnißnehmer braucht sie nicht zu erfüllen und erhält nichtsdestoweniger, was ihm zugewandt ist [99]). Imgleichen sind

3) captatorische Dispositionen eines Soldaten rechts- und wirkungslos [100]). Ferner

4) war der Soldat an die Vorschriften der **Lex Aelia Sentia** u. a. Gesetze wegen unzuläßiger Freilassungen gebunden [1]), sowie

98) L. 15. §. 3. D. *h. t.* — L. ult. in f. D. *de his quae pro non scr. hab.* (XXXIV. 8.) — Vergl. Bd. 29. d. Comment. §. 1303. S. 164. fg.

99) L. 29. §. 2. D. *h. t.*

100) L. 11. C. *h. t.* — Ueber captatorische Verfügungen in einem letzten Willen s. Bd. 40. d. Comment. §. 1444.

1) L. 29. §. 1. D. *h. t.* „Miles testamento suo manumittendo nihil efficit in eo, cujus libertas lege Aelia Sentia vel aliqua impeditur.“ (Bei: vel aliqua sagt Murretus ad h. l. lege: *vel alia qua.* S. auch die Note zu diesen Worten in der Gebauer'schen Ausg. Dagegen sucht Tydeman in Ulp. Marcello S. I. c. 4. §. 2. not. q. Nov. thes. Diss. belg. I. p. 27. auszuführen: alia qua bedeute soviel als alia qua, es bedürfe

Digitized by Google

5) an die Bestimmung der Lex Julia wegen Unveräußerlichkeit des fundus dotalis[2]).

Es ist außerdem noch ausdrücklich hervorgehoben: daß ein Soldat, welcher selbst noch in väterlicher Gewalt stehe, seinen in der Gewalt ihres Großvaters zurückgebliebenen Kindern zwar pupillariter substituiren dürfe (vergl. hierüber §. 1477. Nr. 7. b.), allein nicht das Recht habe ihnen Vormünder zu ernennen[3]). Im Grunde aber versteht sich die Einschränkung ganz von selbst. Denn soweit kann sich das Privilegium der Soldaten ja unmöglich erstrecken, daß er durch seine Verfügungen geradezu in den Rechtskreis eines Anderen eingreifen dürfte; auf diesen Grund wird denn auch in den Schlußworten der L. 28. D. *h. t.* ausdrücklich hingewiesen: „verumtamen alienum jus minuere non potest." Eben so wenig darf man es als Beschränkung des militärischen Privilegiums betrachten, wenn sich bestimmt findet a) daß auch der Erbe des Soldaten an die Fristen der Bonorum possessio gebunden sey[4]), ferner b) daß auch von Seiten der Erben eines Soldaten die Erbschaft vollständig und überhaupt so, wie sie deferirt ist, an-

mithin einer Emendation nicht. Ihm stimmt bei Smallenburg ad h. l. in not. ad Dig. T. V. p. 118.) L. 15. pr. D. eod. L. 8. §. 1. D. *qui et a quib. manum.* (XL. 9.) L. 3. D. *de manum. test.* (XL. 4.) L. 4. C. *h. t.*

2) L. 16. D. *h. t.* „Dotalem fundum, si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam.

3) L. 28. D. *h. t.*

4) L. 15. in f. D. *h. t.*

Digitized by Google

getreten werden müsse[5]); denn nicht die Erben des Soldaten, sondern dieser selbst ist privilegirt[6]).

§. 1478.

Wie lange dauert die Giltigkeit des militärischen Testaments[7]).

Stirbt der Testirer als Soldat und ohne seinen Willen geändert zu haben, so behält das Testament stets seine Giltigkeit[8]), nach seiner Verabschiedung behält es noch ein Jahr seine Kraft, d. h. es gilt als militärisches Testament, wie der Testator binnen einem Jahre nach seiner Entlassung stirbt, vorausgesetzt, daß er durch die Entlassung das Recht eines Veteranus erhält, d. h. daß die Mission nicht aus einer schimpflichen Ursache erfolgt[9]). Dabei kommt es denn auf die Todeszeit des Testirers an, nicht auf den Zeitpunkt, wo das Testament in Wirksamkeit tritt, weshalb denn das Testament auch zu Recht besteht, wenn die Bedingung der Erbeinsetzung auch erst

5) L. 32. D. *eod.*

6) Westphal von Testamenten §. 813. Roßhirt a. a. O. §. 100.

7) *H. J. v.* Koenig (resp. *Vogt*) Diss. quamdiu valent testamentum militare. Hal. 1780.

8) Anders verhält es sich mit dem Testament der in hostico testirenden Nichtsoldaten; s. oben §. 1475. Not. 39. 40.

9) *Ulp.* Fragm. XXIII. §. 10. in f. §. 3. J. *h. t.* L. 5. C. *h. t.* L. 26. D. *eod.* „Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, quod anni spatium testamentis eorum, qui honestam vel causariam missionem moruerunt, tribuitur.“ — Vergl. oben §. 1475. Note 13. u. Haenel Diss. I. §. 14. p. 29. sq.

Digitized by Google

nach Ablauf des Jahrs in Erfüllung geht, und daraus folgt denn weiter von selbst, daß auch die Wirksamkeit einer Substitution (als bedingte Einsetzung) an diesen Zeitpunkt nicht gebunden ist[10]). Diese Erstreckung der Giltigkeit des Testaments über die Dauer des Militärstandes seines Urhebers hinaus wurde durch kaiserliche Rescripte eingeführt, die sich freilich nur auf gemeine Soldaten bezogen; doch äußert sich der dies referirende Africanus hierüber so, daß man wohl schließen darf, er bezweifle nicht die Anwendung dieses Rechts auf dimittirte Offiziere[11]), und warum sollte auch denen, welche militärische Ehrenstellen bekleiden, weniger Recht zustehen, als den übrigen Soldaten[12])? Wenn der ehemalige Soldat innerhalb des Jahrs nach seiner Entlassung wiederum in Dienst tritt, so gilt das Testament auch ohne besondere Bestätigung, wie wenn es erst während der zweiten Dienstzeit errichtet wäre[13]).

10) L. 38. pr. D. *h. t.* — — „Et *ideo*, si heredi filio substituerit, nihil interest, quando filius (welchem substituirt war) moriatur: sufficit enim patrem intra annum obiisse.“ Es hatte der Jurist hier vielleicht eine Pupillarsubstitution vor Augen (vergl. Westphal von Testamenten §. 804.). Indessen geht die Regel natürlich auch auf den Fall der Vulgarsubstitution.

11) L. 21. D. *h. t.* — — — „*quantum ad verba ejus, ad eos duntaxat, qui mitti solent.*“ — —.

12) Muretus in not. ad h. l. Cujacius ad Africanum Tr. IV. h. l. — Doch gibt es auch Vertheidiger des Gegentheils; so Merenda controv. jur. Lib. VI. cap. 8. Nr. 18. sqq.

13) Paulus (in der L. 38. §. 1. D. *h. t.*) war zwar hierüber bedenklich, weil beide Dienstzeiten doch an sich ver-

Digitized by Google

Sollte übrigens auch blos über die castrensia bona testirt seyn, so erstreckt sich die Wirkung des Testaments jedenfalls auf das gesammte Vermögen des Veteranus, da nur für den wirklichen Soldaten die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nicht gilt [14]).

Wenn also der Testirer nach Ablauf des Jahrs stirbt, so hört alle Wirkung des militärischen Testamentsprivilegiums auf. Angenommen also, der Soldat hätte sein Testament in der gemeinrechtlichen Form errichtet (in welchem Falle es an sich auch nach der Mission fortwährend giltig bleibt), indessen in demselben irgend eine Verfügung getroffen, welche nur für den Soldaten möglich ist, so fällt diese jetzt jedenfalls weg. Hiernach entscheidet Ulpian [15]) folgenden Fall: „Si miles jure civili testamentum fecerit, et primo gradu heredem eum scripserit, quem jure militari poterat [16]), secundo eum, quem jure communi potest, et post annum missionis decesserit: primus gradus irritus fiet, et a secundo incipiet testamentum.“ Es wird hier also die gemeinrechtliche Regel angewandt: wenn nur der erste Grad nicht bestehen kann, wohl aber der folgende, so beginnt die Giltigkeit des Testaments mit diesem, oder

schieden seyen, entscheidet sich indessen dahin: „humanius est dicere, valere testamentum, *quasi conjuncto munere militiae*.“

14) L. 13. §. 1. D. *h. t.* — Vergl. L. 19. §. 2. D. *h. t.* und oben §. 1477. zu Note 16.

15) L. 7. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII. 3.)

16) Vergl. oben §. 1477. zu Anfang. (Nr. 1.)

Digitized by Google

es wird so angesehen, wie wenn eine Verfügung über den ersten Grad überall nicht vorhanden wäre[17]).

Nach Ablauf des Jahrs erlöscht also das Testamentsprivilegium und der Veteranus muß nunmehr jure communi testiren[18]). Selbst ein früheres gemeinrechtliches Testament, welches durch ein zweites nach Soldaten-Recht errichtetes zerstört war, wird, nachdem dieses durch Zeitablauf erloschen ist, nicht wieder hergestellt[19]).

Der Soldat kann sein Testament auch durch jede entgegenstehende Willenserklärung wieder aufrufen; es bedarf dazu weder eines neuen Testaments, noch überhaupt irgend einer Form, und eben so wenig zur Wiederherstellung des früher cassirten Testaments[20]). Kann nun gleich der Soldat aus mehreren Testamenten beerbt werden, so gilt doch auch hier die Regel: posteriore testamento superius rumpitur, — vorausgesetzt, daß in dem letzteren über das ganze Vermögen verfügt ist und sich darin nicht etwa eine besondere Bestimmung über das Verhältniß desselben zu dem früheren Testament findet. (S. oben §. 1477. Nr. 4.) In gleicher Art wird denn auch durch die bloße Erklärung, das frühere Testament solle wieder gelten, das zweite in der Regel seinem ganzen Inhalte nach vernichtet. Zur Erläuterung dient folgendes Responsum Papinians[21]): „Centurio secundo testamento postumos heredes instituit, neque

17) L. 3. §. 6. D. *de inj. rupto irr. test.* u. Bd. 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 436. fgg.

18) §. 3. J. *h. t.*

19) L. 36. §. 4. D. *h. t.*

20) L. 15. §. 1. D. *h. t.* (Vergl. oben §. 1476. zu Note 85.

21) L. 27. D. *h. t.*

Digitized by Google

substitutos dedit; quibus non editis[22]) ad superius testamentum se redire testatus est. Caetera, quae secundo testamento scripsit, esse irrita placuit, nisi nominatim ea confirmasset ad priorem voluntatem reversus.“ Die Worte: neque substitutos dedit gehen nur auf das Factum und sind keineswegs so zu verstehen, als wenn sonst die Substituten den im ersten Testament Eingesetzten vorzuziehen gewesen wären. Die Entscheidung wird vielmehr geradezu auf den Willen des Testirers gestützt, dieser aber würde außer Zweifel nicht auf Wiederherstellung des früheren Testaments gerichtet gewesen seyn, hätte er den Postumen Substituten ernannt; darum hebt Papinian dies hervor[23]). Auch

22) In der Flor. u. a. Handschr. wird gelesen *additis*, bisweilen auch wohl aditis. Letzteres ist ganz sinnlos, wogegen additis allenfalls als Wiederholung des voraufgehenden Gedankens: neque substitutos dedit betrachtet werden kann. Besser hängt aber unstreitig Alles zusammen, wenn man das zweifelhafte Wort auf die Postumen bezieht: das Nichterscheinen derselben veranlaßte den Testirer, zu seinem früheren Testament zurückzukehren. Dann muß man aber *editis* lesen, wofür es übrigens auch nicht an handschriftlicher Auctorität fehlen soll. Gebilligt wird diese Lesart unter Anderen von Cujacius comment. in Lib. VI. resp. Papin. ad h. l. Schulting, Voorda u. Smallenburg (not. ad Dig. T. V. p. 117. V. VII. 2. p. 1200) u. Dirksen civil. Abhandl. I. S. 415. Scharfsinnig ist die Vermuthung von *Jo. Guil.* Hoffmann (meletan. acad. ad Pand. Diss. 25. §. 2.), daß *non natis* zu lesen sey; aus nonatis (durch Gemination aufzulösen in non natis) habe der Schreiber der Flor. Handschr. gemacht: non additis. Siehe darüber Dirksen a. a. O.

Digitized by Google

der Veteranus kann das von ihm errichtete militärische Testament ohne Weiteres widerrufen, durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung; hat er aber als Soldat nach den Regeln des gemeinen Rechts testirt, so ist auch der Widerruf an die gemeinrechtlichen Bedingungen geknüpft: „Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit: potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, *si jure militiae fuit scriptum*, alioquin, si valuit jure communi, non esse jure rescissum“[24]). Um das militärische Testament aufzuheben bedarf es daher weder einer ausdrücklichen Erklärung, noch einer körperlichen Zerstörungshandlung, noch eines neuen Testaments: schon dadurch, daß der Testirer ein solches zu errichten begann, wenn er es auch nicht vollendete, ist das frühere Testament aufgehoben, falls es nicht den gemeinrechtlichen Erfordernissen gemäß errichtet war[25]). Da übrigens Vermächtnisse auch gemeinrechtlich durch jede erweisliche Willenserklärung aufgehoben werden können[26]), so bleiben zwar Erbeinsetzun-

23) S. über diese Stelle noch *A.* Faber Err. Pragm. Dec. 71. Err. 7. 8.

24) L. 34. §. 1. D. *h. t.*

25) S. die Noten bei Pothier ad h. l. Nr. 38. u. Schulting not. ad Dig. T. V. p. 119.

26) Für förmliche Vermächtnisse (legata) bedurfte es früher auch einer förmlichen Aufhebung; Ulpian Pragm. Tit. 24. §. 29. Doch wurde das für Fideicommisse bestehende freie Aufhebungsrecht mittelst der doli exceptio auch auf Legate übertragen; L. 3. §. fin. D. *de adim. vel transfer. leg.* (XXXIV. 4.) S. Band 38. d. Comment. §. 1429. S. 321. fgg.

Digitized by Google

gen bei Kräften, wenn der Veteran sein jure communi errichtetes Testament für ungiltig erklärt, die Ansprüche der Vermächtnißnehmer können aber durch doli exceptio entfernt werden [27]). — Wenn dagegen ein Soldat seinen früheren letzten Willen widerruft, so kommt auf den Unterschied, ob das Testament ein förmliches oder militärisches war, nichts an; denn da der Soldat durch seine bloße Willensäußerung ein neues Testament errichten kann, so muß er auf eben die Art auch jedes Testament wieder aufheben können [28]).

Wenn der Soldat sui juris wird, sey es durch den Tod seines Vaters, oder durch Emancipation, so bleibt sein Testament bei Kräften, eben so wenn er durch

27) L. 36. §. 3. D. *h. t.* — Diese Stelle ist bereits Bd. 38. d. Comment. S. 330 fg. erklärt, mit Beziehung auf Cujacius in Lib. VI. resp. Papin. ad h. l. Vergl. auch Faber Err. Pragm. Dec. 39. Err. 8. u. Schulting ad h. l. T. V. p. 120. — Westphal von Testamenten §. 734. meint, daß der Umstand, ob das Testament mit den gemeinrechtlichen Förmlichkeiten errichtet sey oder nicht, gleichgiltig sey. Doch hat er dies beim §. 805. wieder vergessen, wo er den Unterschied ausdrücklich anerkennt, S. 318.

28) L. 34. §. 2. D. *h. t.* — In dem Schlußsatz: nam voluntas quoque militis testamenti est liest Cujacius statt quoque: *quaeque* (in Papin. Lib. XIV. quaestion. h. l. ed. Neap. T. IV. p. 376.). Andere lesen statt testamenti: *testamentum.* (So Faber Err. Pragm. Dec. 71. Err. 4. p. m. 463.) Andere schalten vor testamenti ein: *vice.* Pothier ad h. l. Nr. 38. hält eine Aenderung für unnöthig und erklärt: testamenti vires habet, aequipollet testamento. Der Sinn ist jedenfalls klar.

Digitized by Google

Adoption oder durch Adrogation in eine andere Familie übertritt[29]). In einer der hievon handelnden Stellen heißt es: „testamentum ejus valet, quasi ex nova voluntate“[30]). Doch kann hiemit nicht gemeint seyn, daß er aufs Neue seinen Willen an den Tag legen müsse, da an einer anderen Stelle ganz allgemein gesagt wird: „nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum“[31]). Wäre nämlich eine neue Willenserklärung nöthig, so würde die Zusammenstellung des Veteranus und des miles ganz unpassend seyn; denn nur für diesen würde es genügen, daß er seinen Willen, das Testament solle nach wie vor gelten irgendwie an den Tag legt, jener müßte ein förmliches Testament machen, mithin könnte unmöglich gesagt werden, sein früheres Testament werde nicht aufgehoben. Dagegen ist ein Unterschied zwischen beiden ausdrücklich anerkannt für den Fall, wenn eine Familienveränderung durch Adrogation eintritt: wenn ein Soldat, welcher sui juris ist, ein Testament über seine bona castrensia mache, so bleibe es nach der

29) §. 5. J. *h. t.* L. 6. §. fin. D. *de inj. rupto irr. test.* L. 22. 23. D. *h. t.*

30) L. 22. D. *h. t.* Eben so §. 5. J. *h. t.*

31) L. 6. §. fin. D. *de inj. test.* Auch in L. 1. §. 8. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.) wird ohne Einschränkung gesagt: wenn ein filiusfamilias veteranus über sein castrense peculium testire und darauf aus irgend einem Grunde sui juris werde, so könne der Erbe aus dem Testament eine B. P. erhalten. — Doch geht Pothier (tit. de inj. rupto irr. test. Nr. 19.) zu weit, wenn er die Worte: quasi ex nova voluntate ganz streichen will.

Digitized by Google

Abrogation bei Kräften, lasse aber ein Veteranus in gleichem Falle sich abrogiren [32]), so werde es ungiltig. Wie ist dies zu erklären? Daraus, daß ein solches Testament für einen Soldaten als von neuem gemacht anzusehen sey, dies aber auf den Veteranus keine Anwendung leide [33]), gewiß nicht. Denn sonst müßte dasselbe auch alsdann Statt finden, wenn der Veteranus emancipirt wird. Der wahre Grund ist folgender: wenn ein Veteran stirbt, so erstreckt sich seine Verfügung mit rechtlicher Nothwendigkeit auf sein gesammtes Vermögen, wenn sie auch nur über seine bona castrensia gerichtet war oder ursprünglich auch nur auf diese gerichtet seyn konnte [34]). In der That ist es daher so gut, als wenn er gleich Anfangs über sein ganzes Vermögen verfügt hätte, wozu aber ein Haussohn nicht befugt ist [35]). Anders verhält es sich mit dem Soldaten, indem dieser überhaupt pro parte testatus pro parte intestatus versterben kann; mithin bleibt für ihn auch nach der Abrogation in dem hier vorausgesetzten Fall Alles ungeändert. Von selbst versteht sich übrigens, daß sowohl für den Soldaten als für den Veteranen Ungiltigkeit des Testaments durch Abrogation eintritt, wenn die Verfügung nicht blos auf die bona castrensia, sondern auf das ganze Vermögen ging [36]).

32) So sind die Worte zu verstehen: si vero missus jam hoc fecerat. S. die Acc. Gl. hierzu.

33) So Westphal a. a. O. §. 735.

34) S. oben zu Note 14. u. §. 1477. zu Note 16.

35) Pothier ad tit. de inj. rupto irr. test. in not. ad h. l.

36) S. Vinnius ad §. 5. J. h. t. — Westphal a. a. O. meint, nach dem neuesten Recht müsse das Testament in Ansehung aller nicht vom Arrogator herrührenden Güter

Digitized by Google

Von dem Einfluß, den die Agnation eines Postumus auf das Soldaten-Testament haben kann, ist bereits oben die Rede gewesen [37]).

§. 1479.

2) Das s. g. testamentum ad pias causas.

In einer Decretale Pabst Alexanders III. ist anerkannt, daß die Giltigkeit eines Testaments von der Zuziehung von 7 oder 5 Zeugen keineswegs abhänge, sondern es genüge, wenn man seinen letzten Willen vor seinem Pfarrherrn (coram presbytero suo) und zwei oder drei Zeugen erkläre, wobei sich der Pabst auf den Bibelspruch bezieht: in ore duorum vel trium testium stat omne verbum [38]). Hiernach kann denn gezweifelt werden, ob die Zuziehung des Pfarrers überhaupt für nöthig erachtet wurde, oder ob nicht vielmehr des Presbyter nur Erwähnung geschah, weil in dem vorgetragenen Falle die letztwillige Erklärung vor demselben erfolgt war, vielleicht auch, weil diese Form gewöhnlich angewandt zu werden pflegte. Doch kann dies auf sich beruhen bleiben, da bei uns diese sogenannte canonische Testamentsform wenigstens als eine gemeinrechtliche nicht üblich ist [39]). Dagegen hat sich die Praxis der meisten

kräftig bleiben. Als ob ein Haussohn auch nach dem neuesten Rechte überhaupt befugt wäre, über anderes Vermögen, als sein pec. castr. und quasi castrense zu testiren!

37) S. §. 1477. Nr. 2. zu den Noten 2—8.

38) C. 10. X. *de testam.* (III. 26.) In dem c. 4. eod. werden formlose Vermächtnisse für giltig erklärt.

39) Eine ausführliche Erörterung hierüber findet sich bereits Bd. 34. d. Comment. §. 1408. a.

Digitized by Google

Länder Deutschlands für die Giltigkeit einer anderen Decretale jenes Pabstes entschieden, wodurch bestimmt wird, daß die einer Kirche gemachten testamentarischen Zuwendungen gelten sollen, wenn sie auch nur vor zwei oder drei Zeugen erklärt sind[40]). Von dem Presbyter ist hier nicht die Rede, im Uebrigen aber ist die Decretale fast gleichlautend mit der obigen und selbst die Beziehung auf den Ausspruch der heil. Schrift fehlt hier nicht. Es enthält also die päbstliche Entscheidung höchst wahrscheinlich nur eine Anwendung der im Allgemeinen anerkannten canonischen Testamentsform auf einen besonderen Fall, und da dieser eine Kirche betraf, erblickte man in dieser Vorschrift ein singuläres Recht und rechtfertigte so die Abweichung von der in Maximilians Notariats-Ordnung als Regel anerkannten römischen Testamentsform. Dies nun ist es, was die Neueren testamentum ad pias causas, oder ein Testament zum Besten der Kirchen und milden Stiftungen nennen[41]). Dabei ist es einerlei, ob die pia causa zur Erbin eingesetzt, oder nur mit Vermächtnissen bedacht wird. Sonst aber ist noch Manches streitig, was jetzt kürzlich erörtert werden soll.

1) Wer kann in einem solchen Testamente bedacht

40) c. 11. X. *de testament.*

41) *G. A.* Jenichen conjecturae de orig. test. ad pias causas. Lips. 1734. 4. *Ev.* Otto Disp. de test. ad pias causas, ad c. 10. X. de test. Ultraj. 1735. 4. — Von Schriftstellern, welche nicht besondere Abhandlungen über den Gegenstand geschrieben haben, hat am gründlichsten über das test. ad p. c. gehandelt *J. H.* Boehmer in J. Eccl. Prot. Lib. III. Tit. 26. Vergl. auch insonderheit noch Pfeiffer's pract. Ausführungen Bd. II. Nr. X.

Digitized by Google

werden? Da die allgemeine Vorschrift des cap. 10. cit. nicht mehr anwendbar ist, so kommt lediglich das cap. 11. und zwar als singuläre Rechtsbestimmung in Betracht; dies aber spricht nur von Kirchen. Bei dem innigen Zusammenhange, in welchem früher alle reinen Wohlthätigkeitsanstalten (Waisenhäuser, Armenhäuser, Krankenhäuser u. s. w.) mit den Kirchen standen, ist es jedoch als unzweifelhaft anzunehmen, daß der Pabst auch darauf seine Bestimmung angewandt haben würde, selbst wenn er sie als jus singulare angesehen hätte. Weiter zu gehen verbieten aber die bekannten Grundsätze über stricte Interpretation singulärer Rechtsvorschriften [42]), so daß selbst die Anwendung auf Schulen und Universitäten bedenklich erscheint [43]), noch weniger aber die auf andere gemeinnützige Anstalten, worauf man jetzt den Begriff einer pia causae zu beziehen pflegt, sich rechtfertigen läßt, falls nicht der feststehende Gerichtsgebrauch eines Landes oder Orts sich dafür entschieden hat [44]).

2) Was die Form selbst anbetrifft, so ist das außer Zweifel, daß jedenfalls zwei Zeugen genügen, da in der

42) Um Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich auf Bd. 40. d. Comment. §. 1438. b. S. 40—62., wo die hier einschlagenden Rechtsgrundsätze ausführlich erörtert sind.

43) S. v. Schröter in der Zeitschrift für Civilr. u. Prozeß. Bd. X. S. 95. und Bd. 40. des Comment. S. 53—56. A. M. Boehmer l. l. §. 16. und Pfeiffer a. a. O. S. 339. Nr. 1.

44) Hiermit ist auch Pfeiffer a. a. O. einverstanden. Die älteren Schriftsteller erklären sich freilich gewöhnlich für die Ausdehnung, z. B. Boehmer l. l. §. 17., obgleich er im Uebrigen die stricte Interpretation der privilegia ad pias causas vertheidigt; ebendas. §. 18.

Digitized by Google

Decretale ausdrücklich nur zwei oder drei erfordert werden. Indessen entsteht hierbei noch die Frage: ist die Zuziehung von Zeugen zum formellen Rechtsbestande des Testaments erforderlich, oder ist der Zeugen nur des Beweises wegen gedacht? Nimmt man Letzteres an, so wird man ein solches Testament für giltig erklären müssen, auch wenn dabei gar keine Zeugen zugegen sind, sondern der Beweis auf andere Art hergestellt werden kann. Ferner würde, wenn die Disposition vor Zeugen erklärt wird, es genügen, daß die Zeugen die Eigenschaft bloßer Beweiszeugen haben. Dafür scheint zu sprechen, daß der gesetzliche Entscheidungsgrund (in ore duorum vel trium testium stat omne verbum) nur auf Beweis hindeutet[45]). Für die entgegengesetzte Ansicht lassen sich indessen folgende Gründe anführen: a) nach der Auffassung der Praxis ist die päbstliche Bestimmung als singuläres und correctorisches (d. i. das frühere nur theilweise abänderndes) Recht zu betrachten, folglich im Zweifel eine Interpretation vorzuziehen, nach welcher sie sich so wenig wie möglich von der Rechtsregel entfernt[46]). Das Gesetz

45) Daher wird diese Ansicht auch von vielen Juristen vertheidigt, so von Struk caut. test. c. 12. §. 6. *G. L.* Joecher Diss. de testamento ad pias causas sine testibus valido. Lips. 1732. 4. *J. H.* Boehmer in adnot. (2.) ad c. 11. X. de test. u. in J. E. Prot. l. l. §. 19. Wernher lectiss. comment. h. t. §. 24. Höpfner Comment. §. 463. Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. T. 3. §. 1379. Nr. 3. Guenther princ. jur. R. priv. noviss. §. 778. Mackeldey Lehrbuch §. 647. Not. 6. Hartitzsch Erbrecht §. 406. Pfeiffer a. a. O. S. 340. Nr. 3. Roßhirt testamentar. Erbr. §. 89. Nr. 1.

46) Arg. L. 35. pr. c. *de inoff. test.* (III. 28.)

Digitized by Google

spricht aber überall nicht von der Qualität, sondern nur von der Zahl der Zeugen: es sollen nicht 7 oder 5 Zeugen nöthig seyn, sondern zwei genügen. b) In den Dispositivworten der Decretale heißt es: tribus aut duobus *legitimis* testibus *requisitis*. Nach dem Sprachgebrauch des canonischen Rechts und der Canonisten weist aber der Ausdruck legitimi testes auf civilrechtliche Qualität der Zeugen hin[47]) und das requisitis kann nur auf deren Zuziehung bei dem Testamentsact gehen. So dürften also die überwiegenden Gründe dafür sprechen, daß das test. ad pias causas die Zuziehung von wenigstens zwei Solennitätszeugen erfordert[48]).

3) Andere Bedingungen eines zu Recht beständigen wirksamen Testaments, außer der Form, sind bei dem test. ad pias causas nicht nachgelassen. Kann also das Testament wegen sonstiger Mängel gleich Anfangs nicht bestehen, oder fällt es aus später hinzutretenden Gründen wieder weg (z. B. als test. destitutum), so werden auch die zu Gunsten der pia causa darin sich findenden An-

47) In ähnlicher Art, wie z. B. in dem c. 11. X. *de consuet.* (I. 4.) von einer consuetudo legitime praescripta gesprochen wird. Vergl. Puchta Gewohnheitsrecht Bd. 2. S. 98. — A. erklärt den Ausdruck legitimi testes: Roßhirt testamentar. Erbr. I. §. 89. Nr. I.

48) Diese Meinung vertheidigen denn unter Anderen auch: Pufendorf obs. jur. univ. T. I. obs. 132. Thibaut Pand. §. 844. Schweppe Bd. V. §. 823. d. n. Aufl. Wening Lehrb. §. 483. Mein Lehrb. §. 697. Not. 5. Göschen Vorlesungen über das gem. Civilrecht. Bd. V. §. 904. — Dafür entscheidet sich auch die Hannover'sche Declarator-Verordnung vom 24. Mai 1822.

Digitized by Google

ordnungen nicht aufrecht erhalten [49]). — Gewöhnlich nimmt man auch noch zwei andere Abweichungen an, welche sich indessen nach der Theorie entweder überall nicht vertheidigen lassen, oder doch nicht als Abweichung von der Regel des gemeinen Rechts zu betrachten sind. Nämlich a) soll in dem cap. 4. de *sepultur.* in VI. (III. 12.) die Bestimmung enthalten seyn, daß ein Haussohn mit Zustimmung des Vaters auch über sein s. g. peculium adventitium zum Besten einer pia causa testiren dürfe. Daß dies nicht der Fall sey, ist bereits an einer anderen Stelle dieses Commentars ausgeführt [50]). b) Bekanntlich ist es sehr streitig, ob das cap. 13. X. *de testam.* (III. 26.) es jedem Testirer gestatte, die Anordnung seines letzten Willens einem Dritten zu überlassen, oder ob sich diese Bestimmung lediglich auf Testirer beziehe, welche dem geistlichen Stande angehören, und ob diese Decretale nach den Grundsätzen der Not. O. überhaupt noch in Deutschland gelten könne [51])? Für welche Ansicht man sich auch entscheide, so ist es doch durchaus willkührlich, die päbstliche Verordnung für den Fall, und nur für den Fall gelten lassen zu wollen, wenn die testamentarische Verfügung sich auf eine pia causa bezieht, wie gleichwohl häufig angenommen wird [52]).

49) Vergl. Westphal Rechtsgutachten u. Erk. des bürgerl. Rechts. Bd. 2. Fall 67. A. Nr. 13. fgg. Guenther princ. jur. Rom. noviss. §. 778. und die weiter unten zu den Noten 50—58. folgende Ausführung.

50) Bd. 34. §. 1407. a. S. 141—146.

51) Eine ausführliche Interpretation der Decretale, so wie eine Auseinandersetzung der verschiedenen Meinungen findet sich bei §. 1406. a. n. b. Bd. 33. d. Comment. S. 476—478. u. Bd. 34. S. 3—23.

Digitized by Google

Die Frage: ob ein unvollständiger letzter Wille, welcher übrigens die an sich genügenden formellen Erfordernisse hat, rechtlich wirksam sey? ist auch in Beziehung auf ein test. ad p. c. an einem anderen Orte schon zur Sprache gekommen[53]). Doch kann eine nochmalige kurze Erörterung derselben hier nicht umgangen werden. Unvollständig kann das Testament seyn in Ansehung der Willenserklärung oder nur in Ansehung der Form oder Solennitäten. Beide Fälle müssen genau unterschieden werden.

A) Die Disposition ist ihrem Inhalte nach unvollständig, d. h. der Testirer hat noch nicht Alles ausgedrückt, was er sagen wollte. Betrifft nun das Fehlende einen wesentlichen Theil[54]), namentlich die Erbeinsetzung, so kann gemeinrechtlich das ganze Testament nicht bestehen[55]). Machen wir davon eine Anwendung auf das test. ad pias causas, so würde weder ein Vermächtniß zum Besten der p. c. giltig seyn, wenn es an aller Erbeinsetzung fehlt, noch die p. c. Erbrecht in Anspruch nehmen dürfen, wenn die beabsichtigte Ernennung von Miterben oder die Hinzufügung einer Bedingung unterblieben

52) S. z. B. Struk Us. modern. Pand. Tit. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.) §. 11. *G. L.* Boehmer princ. jur. can. §. 615. Nr. 4. Hofacker princ. jur. civ. R. G. §. 1379. Nr. 3. Hartitzsch. Erbr. §. 406. a. E.

53) Bd. 38. d. Comment. §. 1430. S. 408. fgg.

54) Denn sonst tritt die Regel ein: non vitiatur utile per inutile; s. Band 38. d. Comment. S. 413. a. E. und S. 419. fg.

55) Hierüber findet sich eine ausführliche Erörterung Bd. 38. d. Comment. a. a. O. S. 413—445., wo auch die Modificationen dieses Satzes vorgetragen sind.

Digitized by Google

ist, ohne daß Gründe vorhanden sind, welche eine Willensänderung vermuthen lassen. Selbst darüber ist ein Zweifel möglich, ob die hinzugefügte Codicillarclausel einem solchen Testament Giltigkeit und Wirksamkeit verschaffen könne, da ein ratione voluntatis unvollständiges Testament im Rechtssinne eigentlich gar nicht existirt, hiernach also auch die Codicillarclausel als gar nicht vorhanden betrachtet werden müßte. Indessen giebt der Testirer durch den Gebrauch der Codicillarclausel immer zu erkennen: daß sein Testament, wenn es auch nicht der von ihm gehegten Absicht gemäß eingerichtet sey, doch jedenfalls so wirksam seyn solle, wie es den Rechten nach möglich ist. Die Clausel umfaßt mithin auch die Fälle einer unvollständigen Willenserklärung, weshalb denn also nur gefragt werden kann, ob das, was wirklich ausgesprochen ist, an und für sich betrachtet zu Recht bestehen kann? Ist dies der Fall, so gilt alsdann eine Erbeinsetzung selbst als directe, vorausgesetzt nämlich, daß die Clausel, wie freilich gewöhnlich geschieht, so allgemein gefaßt ist, daß sie nicht bloß auf eventuelle Verwandlung der Disposition in eine fideicommissarische zu beziehen ist. Denn alsdann liegt darin die Erklärung des Testirers: sein letzter Wille solle so gelten, als wenn er auch wirklich nur das darin Enthaltene habe ausdrücken wollen [56]). — Sieht man aber von dieser Modification ab, so ist kein Grund vorhanden, weshalb nicht auch für die dispositio ad pias causas die Regel zur Anwendung kommen sollte, daß ein in wesentlichen Theilen unvollständiges Testament überall nicht auf Giltigkeit Anspruch machen dürfe [57]).

56) Vergl. Bd. 38. d. Comment. S. 411.

57) *Thom.* Wagner Diss. de testamento ad p. c. ob

Digitized by Google

B) Fehlt es der Disposition noch an der Form, so ist weiter zu unterscheiden:

a) es ist ein bloßer Testamentsentwurf vorhanden. Alsdann gilt die Disposition in keinem Stücke und kann auch durch die Codicillarclausel keine Giltigkeit erhalten (wenn etwa ein Codicill ohne alle Form errichtet werden könnte), indem ja auch die Clausel nur ein Theil des bloßen Entwurfs, also des noch gar nicht existirenden Testaments ist[58]).

b) Im Allgemeinen steht dieser Fall dem gleich, wenn zwar das Testament, so wie es vorliegt, zu Recht bestehen kann, der Testirer aber eine von ihm noch beabsichtigte Solennität nicht ausgeführt hat, z. B. ein test ad pias causas gilt irgendwo ohne alle Form, der Testirer will indessen eine Privatscriptur, welche an sich schon hinreichend gewesen seyn würde, unter der gewöhnlichen Testamentsform vollziehen, und wird daran verhindert; denn nach der Absicht des Testirers ist eine solche Scriptur ein bloßer Entwurf[59]). Ob hier übrigens die s. g. Codicillarclausel von Einfluß seyn könne?, ist im Grunde eine quaestio facti. Es kommt dabei insonderheit die Fassung der Clausel, sowie die Art u. Weise, wie die Absicht des Testirers seinen letzten Willen noch förmlich vollziehen zu wollen ausgesprochen ist, in Betracht[60]);

voluntatem imperfectam nullo. Lips. 1735. 4. Aus sehr schwachen Gründen vertheidigt das Gegentheil *Andr.* Tiraquellus de privil. piae causae Priv. VII. (opp. T. V. p. 11. sqq.)

58) Vgl. §. 1476. Not. 63. dieses Bandes.

59) *F. C.* Harprecht Diss. de testam. rat. volunt. imperfecto. (Dissertt. acadd. Vol. I. Nr. 44.) §. 11. u. 40.

60) Vrgl. Bd. 38. des Comment. S. 412. 413.

Digitized by Google

im Zweifel wird man allerdings annehmen dürfen, daß der Testirer nicht gemeint gewesen sey, die Giltigkeit der Disposition unbedingt von der an sich überflüßigen Form abhängig machen zu wollen, und daß die Clausel auch hierauf mit zu beziehen sey[61]).

c) Verschieden hievon ist der Fall, wenn der Testirer ein solennes Testament nicht bloß beabsichtigte, sondern in der That auch zur Errichtung eines solchen geschritten ist, dennoch aber an der gewollten Form etwas fehlt; er stand mithin in der irrigen Meinung, daß Alles beobachtet sey, was zur gemeinrechtlichen Form eines Testaments gehört oder worauf sonst seine Absicht gerichtet war. Daß hier die Giltigkeitsclausel von Wirksamkeit ist, leidet durchaus keinen Zweifel. Wie aber, wenn sie fehlt? Nach unserem gemeinen Recht darf sie nicht supplirt werden[62]), ungeachtet der Wille des Testirers, seiner Disposition die Giltigkeit zu sichern, welche ihr den Rechten nach zukommen kann, wohl nie bezweifelt werden darf; es scheint mithin, daß auch in unserem Falle das Testament nicht bestehen könne, da das privilegium des test. ad p. c. sich soweit nicht erstreckt, daß etwas als ausgedrückt angenommen werden müßte, was der Testirer nicht gesagt hat. Indessen dürfte dagegen doch wohl Folgendes in Betracht kommen: In dem hier vorausgesetzten Fall erscheint die Disposition weder nach gesetzlichen Erfordernissen, noch nach der Absicht des Testirers als eine mangelhafte. Wenn man sie daher für giltig erklärt, so ergänzt man keineswegs die fehlende Clausel, sondern bringt nur die bekannte

61) Arg. L. 24. D. *de reb. sub.* (XXXIV. 5.)

62) L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 1. L. 13. §. 1. D. *de jure codicillar.* (XXIX. 7.)

Digitized by Google

gemeinrechtliche Regel zur Anwendung, daß im Zweifel allemal für den Rechtsbestand einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden sey. (Vergl. unten §. 1482. Note 74. Nr. 1.)

Ganz grundlos ist übrigens die Meinung mehrerer Juristen [63]), daß auch die einer nicht privilegirten Person gemachten Zuwendungen für giltig zu achten seyen, wenn die pia causa in einem privilegirten Testamente zur Erbin eingesetzt ist [64]).

Des Zusammenhangs wegen sollen jetzt kürzlich noch die übrigen besonderen Rechtsbestimmungen erwähnt werden, welche sich auf testamentarische Zuwendungen zum Besten einer pia causa beziehen [65]). Sie sind sämmtlich von Justinian angeordnet und haben meistens (denn s. Note 82.) Vermächtnißbestimmungen (legata und fideicommissa) zum Gegenstande.

1) Wenn der mit einem Vermächtniß zum Besten einer Kirche oder eines sonstigen venerabilis locus (also eines Klosters oder einer anderen pia causa im Sinne des röm. Rechts) [66]) beschwerte Erbe oder Vermächtniß-

63) Selbst Hopacker princ. civ. Rom. germ. §. 1380. behauptet dies, gestützt auf die Autorität von *W. A.* Schoepf Diss. de admixtione profanae causae in disposit. suprema ad pias causas. Tub. 1743. 4.

64) S. dagegen Stryk cautel. testam. cap. XII. §. 8. Vrgl. auch Thibaut Pand. §. 844. Mein Lehrbuch d. Pand. §. 697. Not. 6. Pfeiffer a. a. O. S. 340.

65) Vergl. hierüber Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. V. Abh. VI.

66) Daß alle Wohlthätigkeits-Anstalten dahin gehörten und auch der Ausdruck venerabilis domus von ihnen gebraucht wurde, ist bereits Bd. 39. d. Comment. §. 1438. S. 448. 449. bemerkt.

Digitized by Google

nehmer seine Verbindlichkeit böslicherweise abläugnet, so soll er zur Strafe das Doppelte zahlen[67]).

2) Ein gleicher Nachtheil trifft diejenigen Onerirten, welche vergeblich gemahnt sind und sogar es haben zur gerichtlichen Klage kommen lassen[68]).

3) Regelmäßig sollen die Vermächtnisse ad pias causas binnen 6 Monaten, angerechnet von der Insinuation des Testaments (wie es in der latein. Uebersetzung lautet), entrichtet werden. Ein längerer Aufschub verpflichtet den Onerirten zur Zahlung von Zinsen, so wie zur Herausgabe der Früchte und der sonstigen Accessionen von dem Moment, wo der Verstorbene mit Tode abgegangen ist[69]). Früher war in einer nicht glossirten Constitution ganz allgemein bestimmt, daß der Onerirte, welcher in der Auszahlung solcher Vermächtnisse säumig sey, auch ohne voraufgegangene, gerichtliche oder außergerichtliche, Mahnung, die Accessionen vom Todestage des Testirers angerechnet zu entrichten habe[70]). Eigentlich ist also das Recht gegen den Onerirten durch die Bestimmung der Novelle noch gemildert, indem jetzt erst nach 6 Monaten die Wirkungen der mora eintreten sollen, die L. 46. aber von einem solchen Zeitaufschub nichts weiß. Indessen ist hierbei noch Manches zweifelhaft und bestritten.

67) §. 7. J. *de oblig. quasi ex contr.* §. 26. J. *de actionib.*

68) L. (rest.) 46. §. 7. C. *de episc. et cler.* (I. 3.) §. 19. 23. in f. 26. J. *de actionib.* — Vergl. Marezoll a. a. O. S. 105. fg. (Nr. B. 2.)

69) Nov. 131. c. 12.

70) L. (rest.) 46. pr. in f. u. §. 4. C. *de episc. et cler.* Vergl. Marezoll a. a. O. S. 99.

Digitized by Google

a) Manche wollen jene Folgen stets nach verflossener sechsmonatlicher Frist eintreten lassen, auch wenn den Onerirten kein Vorwurf, einer Saumseligkeit trifft[71]). Indessen der gesetzliche Ausdruck deutet offenbar darauf hin, daß die allgemeinen Bedingungen der mora, d. h. eine verschuldete Verzögerung der Erfüllung, vorhanden seyn müssen[72]). Nur die besonderen Bedingungen einer mora im juristischen Sinne sind hier nicht erforderlich: es tritt eine mora ex re ein. Dies sagt die Codexstelle ganz ausdrücklich[73]) und die Novelle ändert daran auch nichts, im Gegentheil enthält die bestimmte Vorschrift derselben: es solle das Vermächtniß binnen 6 Monaten ausgezahlt werden, widrigenfalls aber die obige Folge eintreten, eine Einschärfung des in dieser Hinsicht früher bereits bestandenen Rechts[74]). — Das Unterscheidende von anderen Vermächtnissen besteht hier also einmal darin, daß eine mora ex re auch ohne festgesetzten Leistungstermin eintritt, sodann daß die Wirkungen der mora auf die Todeszeit des Erblassers zurückbezogen werden[75]).

71) So unter Anderen auch Hellfeld §. 1526. zu Not. t. u. Schweppe Röm. Privatr. Bd. V. §. 899. S. 306. d. n. Aufl.

72) *M. G.* Wernher lectiss. comment. ad Pand. T. II. p. 793. sq. u. Marezoll a. a. O.

73) L. 46. §. 4. C. *de episc. et cler.* — Nach der lateinischen Uebersetzung lauten die hieher gehörigen Worte so: „non inspecta mora a litiscontestatione aut conventione (d. i. Klageanstellung), *sed ipso jure intellecta.* —

74) Marezoll a. a. O. S. 100. v. Madei die Lehre von der nov. §. 26. S. 159. fg.

75) Mit Unrecht behauptet daher Boehmer (J. E. Prot. l. l.

Digitized by Google

b) Der Gesetzgeber geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß von Vermächtnissen die Rede sey, deren Auszahlung gleich nach der Erbschaftsantretung (oder wenn ein Vermächtnißnehmer onerirt ist, nachdem derselbe das Vermächtniß erhalten hat) gefordert werden kann; ferner daß der Onerirte noch überall nicht zur Leistung aufgefordert sey. Wenn Letzteres vor Ablauf der 6 Monate geschieht, so treten sofort die Folgen der mora für den säumigen Onerirten ein, — da die obige Bestimmung zum Besten der pia causa eingeführt ist, mithin nicht so ausgelegt werden darf, daß ihr dadurch die einem jeden Gläubiger zustehenden Rechte entzogen werden [76]); von selbst versteht sich aber, daß diese Wirkungen der mora auch nur die gewöhnlichen seyn können, in einem Falle dieser Art ist folglich nicht anzunehmen, der Onerirte sey schon beim Tode des Erblassers in mora gewesen. Hat der Erblasser einen Solutionstermin festgesetzt, so treten mit dessen Ablauf ebenfalls nur die gewöhnlichen Wirkungen ein [77]).

§. 30.), daß hier im Grunde nur die gewöhnlichen Folgen der mora eintreten. S. dagegen Marezoll a. a. O. S. 98. Note 1., welcher übrigens das Unterscheidende ebenfalls nicht bestimmt hervorhebt.

76) L. 25. D. *de legib.* — Marezoll a. a. O. S. 86. meint zwar: vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins finde keine Mahnung Statt. Indessen ist diese Behauptung durch nichts motivirt; allgemeine Rechtsgrundsätze sprechen aber gewiß dagegen.

77) Ob es dazu noch einer Mahnung bedarf, oder ob jene Wirkungen ipso jure eintreten? ist hier nicht besonders zu erörtern, da es mit der bekannten Streitfrage über den Satz: dies interpellat pro homine zusammenhängt. Vergl. über diese Frage die in meinem Lehrb. der Pand. Bd. II. §. 355. Not. 8. angef. Schr.

Digitized by Google

c) Zweifelhaft ist aber auch, von welchem Moment die Frist anfängt zu laufen? Im griechischen Text heißte s: ἀπὸ τῆς ἐμφανίσεως. Ist dies nun richtig durch ab insinuatione wiedergegeben [78]), so würde darunter die für schriftliche Testamente vorgeschriebene Ueberlieferung des Testaments an die Behörde [79]) zu verstehen seyn. Indessen geht die Bedeutung des Worts eher auf Eröffnung (Offenbarmachung) des Testaments und in diesem Sinne würden wir es auch in der Praxis (welche ja ohnehin von jener Insinuation nichts weiß) zu verstehen haben, wenn nicht überhaupt mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden dürfte, daß die Zeit erst von der Erbschaftsantretung oder (wenn ein Vermächtnißnehmer onerirt ist) von der Annahme des Vermächtnisses anfange zu laufen. So ist es in der L. 46. C. cit. ausdrücklich bestimmt [80]), und es ist um so weniger zu glauben, daß Justinian in der Novelle davon habe abweichen wollen, als diese Berechnungsweise offenbar die Natur der Sache und die Billigkeit für sich hat [81]).

Eigenthümliche Fristen und Folgen ihrer Nichtbeobachtung sind für die Fälle festgesetzt, wenn Gegenstand der testamentarischen Anordnung die Errichtung einer pia causa ist. Davon wurde aber an einem anderen Orte des Commentars gehandelt [82]). Als etwas besonderes ist aber noch hervorzuheben

78) So übersetzen freilich außer der Vulgate auch Haloander und Hombergk.

79) L. 23. C. *de test.* (VI. 23.)

80) L. 46. pr. in f. C. *de episc. et cler.*

81) Marezoll a. a. O. S. 101. 102.

82) S. Bd. 39. §. 1438. S. 468. fg. Marezoll a. a. O.

Digitized by Google

4) daß, wenn eine zur Auslösung von Gefangenen oder zum Besten der Armen gemachte testamentarische Auflage auch nach zweimaliger öffentlicher, d. h. von dem Bischof oder Oeconomus durch publicae personae bewirkter Mahnung nicht erfüllt wird, der Onerirte alles ihm in dem Testamente Zugewandte verliert und dies den Honorirten anfällt [83]).

5) Nach der gemeinen Meinung sind Vermächtnisse aller Art — Singular- und Universal-Vermächtnisse (fideicommissa hereditatis) — welche zum Besten einer pia causa angeordnet sind frei von dem Abzug der Falcidischen und der s. g. Trebellianischen Quart. Allerdings hat diese Meinung die aus der Nov. 131. c. 12. genommene Authentike für sich [84]) und wird auch wider dagegen erhobene Zweifel von neueren Juristen vertheidigt [85]). Doch stehen ihr immer sehr erhebliche Bedenken entgegen,

S. 83. S. 104. §. 7. Nr. I. Diese Bestimmungen gehen auch auf den Fall, wenn die pia causa zur Erbin eingesetzt ist. S. Bd. 39. d. Comment. a. a. O.

83) Nov. 131. c. 11. — Marezoll a. a. O. S. 84—87.

84) Anth. *Similiter* C. ad Leg. *Falcid.* (VI. 50.) — Ob dasselbe Recht auch für Universal-Vermächtnisse gelte? war freilich von jeher streitig. Die Authentike spricht buchstäblich nur von der Falcidischen Quart, welche die Glossatoren noch von der Trebellianischen unterscheiden. Drückt aber die Authentike überhaupt den Sinn der Novelle richtig aus, so würde das Vorrecht unbedenklich auch auf Universal-Vermächtnisse zu beziehen seyn, da die Quellen bekanntlich zwischen beiden Quarten auch in der Benennung keinen Unterschied machen.

85) So von Wenck Beitr. zur rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls S. 19—23. und Marezoll a. a. O. S. 93—97.

Digitized by Google

die bereits bei einer anderen Gelegenheit in der Kürze vorgetragen sind[86]). Was darüber sonst noch zu sagen ist, kann hier übergangen werden, da wir unten wieder darauf zurück kommen werden[87]).

6) Noch beziehen sich einige besondere Rechtsbestimmungen auf die einer pia causa ausgesetzten Rentenvermächtnisse — annua legata. In der öfter angeführten L. 46. C. *de episc. et cler.* ist §. 9. Folgendes geordnet: Alle dergleichen Vermächtnisse sollen weder durch Vergleich erlassen, noch sonst veräussert werden. Geschehe dies dennoch, so seyen nicht nur diejenigen, welche die Veräusserung vorgenommen haben, verantwortlich, sondern es sey auch die Veräusserung selbst null und nichtig, und die Administratoren oder Vorsteher der Stiftung könnten, ungehindert aller Verjährung, die Leistung des Vermächtnisses von dem Onerirten fordern, imgleichen von den Besitzern der Güter des Verstorbenen, da dessen Vermögen dieser Vermächtnisse wegen einer Hypothek unterliege; und auch diese sollten sich auf Verjährung nicht berufen dürfen. Nur das soll gestattet seyn, daß der Onerirte statt der ausgesetzten Rente die Leistung einer anderen übernimmt, welche indessen nicht vielen öffentlichen Lasten unterworfen seyn darf, auch mindestens um ein Viertheil höher sich belaufen muß, wie die im Testament angeordnete; überdies soll ein solcher Vertrag schriftlich eingegangen und vor der Obrigkeit verlautbart werden. — In der Nov. 131. Cap. findet sich hierüber die Bestimmung: wenn die mit einem solchen Vermächtnisse Belasteten, oder der Ort, aus

86) Bd. 39. a. a. O. S. 449. fg. Note 7.

87) S. unten §. 1526.

Digitized by Google

welchem die annuae praestationes zu leisten seyen, sich in derselben Provinz oder einer benachbarten befinden, so solle eine Veräusserung derselben in keiner Weise erfolgen; sonst aber sey es gestattet, das Vermächtniß entweder gegen andere, aber mindestens ein Viertheil mehr betragende und keinen größeren Lasten unterworfene reditus zu vertauschen, oder gegen ein Capital zu veräussern, welches zu vier Procent verzinset die jährliche Rente abwerfe[88]). — Ueber die Verjährung enthält die No-

88) So würde der Satz wenigstens nach der versio vulgata zu fassen seyn, die so lautet: „et non minus pro pretio accipere, quam ex tali legato intra viginti quinque annos colligitur.“ — Es würde diese Bestimmung alsdann ihre Erläuterung erhalten durch die auf Berechnung der Falcidischen Quart sich beziehende Aeußerung von Marcellus: „Si reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summae, quae legata est, colligendas;“ L. 3. §. 2. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) Wenn also die Rede ist vom Abzug der Falcidischen Quart in Beziehung auf annua legata, die einer Stadt ausgesetzt sind, so soll der Gesammtwerth des Vermächtnisses einem Capital gleich geachtet werden, welches zu vier Procent verzinset alljährlich die Rente abwirft. S. Schrader civilist. Abhandl. Bd. II. Nr. II. §. 4. S. 155. Auch dieser Schriftsteller bringt hiermit unsere Novellen-Vorschrift in Verbindung, indem er bemerkt: „Damit stimmt völlig überein eine Entscheidung der Nov. 131. c. 12., in welcher als geringster Kaufpreis für ein solches, einer frommen Stiftung hinterlassenes Legat das 25 fache der jährigen Zahlung festgesetzt wird.“ — Indessen in dem griechischen Text, so wie auch in den Basiliken (Lib. V. Tit. 3. Tr. 14. bei *Heimbach* T. I.

Digitized by Google

velle keine Vorschrift; in Ansehung der in der L. 46. cit. sich darüber findenden kann aber gefragt werden: ist hierin überall etwas Besonderes (sich nicht schon nach anderen Rechtsgrundsätzen von selbst Verstehendes) angeordnet und worin besteht dies? Weicht das Gesetz wirklich von sonstigen Grundsätzen über das Verjährungsrecht ab, so würde dann wieder die Frage entstehen: ob dies heut zu Tage zur Anwendung kommen könne, da die L. 46. nicht glossirt ist. — Der Gesetzgeber ordnet an: es solle das Recht auf dergleichen Vermächtnisse durch Verjährung nicht erlöschen. Heißt dies nun: man soll sich überhaupt auf Verjährung nicht berufen dürfen, — auch nicht in Beziehung auf einzelne rückständige Hebungen, so ist dadurch in der That eine wichtige Abweichung von sonst anerkannten Verjährungsgrundsätzen eingeführt; soll damit aber nur gesagt seyn: das Recht an sich kann durch Verjährung nie erlöschen, wohl aber können die einzelnen terminlichen Leistungen durch Verjährung ausgeschlossen werden, so fragt es sich weiter: ob hierin nicht eine bloße Anwendung der auch für andere annuae praestationes geltenden Rechtsgrundsätzen liege?

Die Constitution (L. 46. cit. §. 9. cit.) führt nun

p. 137.) findet sich das Zahlzeichen 35. Hiernach müßte das für die Rente zu zahlende Kaufpretium mindestens 35 Mal größer seyn, als die Rente. Dies hat nun aber weder die Analogie anderer rechtlicher Bestimmungen, noch einen natürlichen Grund für sich; es würde als ein gänzlich isolirt dastehender und durchaus willkührlicher Ausspruch des positiven Rechts zu betrachten seyn. Da nun überdies ein Versehen in Zahlzeichen so leicht möglich ist, so darf man daher wohl annehmen, daß der Urheber der Vulgata den ursprünglichen Text richtig wiedergegeben habe.

Digitized by Google

als Grund an, weshalb die Verjährung hier wegfallen solle: daß ja in jedem Jahre sich die Klage erneuere. — Schon die Glossatoren stritten über die Verjährbarkeit terminlicher Forderungen [89]). Martinus behauptete, daß das Recht auf solche Forderungen unverjährbar sey und nur die einzelnen fälligen Termine durch Verjährung ausgeschlossen werden könnten, indem mit jedem einzelnen Termin ein besonderes Forderungsrecht, mithin auch eine besondere Verjährungszeit beginne. Diese Meinung ist vielleicht von der Mehrzahl der Juristen angenommen; jedoch fehlt es auch der entgegenstehenden Ansicht des Bulgarus, welche eine Verjährung des Rechts selbst zuläßt, nicht an gewichtigen Vertheidigern [90]). Bekennt man sich zu dieser Meinung, so würde die L. 46. jedenfalls ein besonderes Privilegium für die einer pia causa ausgesetzten annua legata eingeführt haben, auch wenn dergleichen Forderungen dadurch nicht für absolut unverjährbar erklärt sind. Dies nehmen die in der Note 90. angeführten Schriftsteller an, welche das Privilegium der pia causa darein setzen, daß nur die einzelnen fällig gewordenen Leistungen einer Verjährung unterworfen seyen. Indessen hat die gemeine

89) S. J. S. Brunquell prol. de sectis et controv. jur. Justin. interpretum, quos glossatores appellamus, §. 18. (in opusc. Nr. VIII. p. 323.) — Rogerius Benedictus Dissens. dominorum §. 89. (bei Haenel Dissensiones dominor. p. 107.)

90) J. H. Boehmer l. l. §. 34. Unterholzner ausführl. Entwicklung des Verjährungsrechts Bd. II. §. 261. S. 320. Note 741. — Schriftsteller aus der früheren Zeit finden sich bei Marezoll a. a. O. genannt, welcher ebenfalls diese Meinung vertheidigt.

Digitized by Google

Meinung die ausdrückliche eines Gesetzes von K. Justinus für sich, welche so lautet: „In — — legatis, vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos, vel menses — — continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni, vel mensis — — computari, manifestum est[91]). Soll mit jeder besonderen Leistung eine besondere Verjährung beginnen, so ist es aus logischen Gründen unmöglich, daß das Recht eher verjährt sey, ehe es die einzelnen Leistungen sind, folglich kann die Verjährbarkeit auch nicht auf das Recht im Ganzen, — auf die ganze obligatio bezogen werden[92]). Das besondere Recht für piae causae könnte mithin hier nur darin bestehen, daß auch die einzelnen Forderungen für unverjährbar erklärt seyen. Dies aber muß darum verworfen werden, weil die L. 46. cit. ausdrücklich als Grund ihrer Bestimmung anführt: „quum per unumquemque annum talis nascatur actio", — also den nämlichen Grund, weshalb in der L. 7. C. *de praescr.* 30. *vel* 40 *annos* (Note 91) Rechte dieser Art überhaupt für unverjährbar erklärt werden. Die L. 46. cit. schließt sich demnach nur an das gemeine Recht an, und enthält zugleich einen erheblichen Unterstützungsgrund für die Meinung des Martinus. Das einzige Privilegium was hiernach die Kirchen u. s. w. in dieser Beziehung noch in Anspruch nehmen dürfen, besteht also darin, daß die einzelnen Lei-

91) L. 7. §. 6. C. *de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* (VII. 39.).

92) Pufendorf obs. jur. univ. T. I. obs. 116. Meine Pand. §. 747. Nr. I. u. Note 6.

Digitized by Google

stungen erst binnen 40 Jahren verjährt werden. Dies aber ist wiederum nur eine Anwendung des den Kirchen überhaupt zugestandenen Verjährungsprivilegiums [93]), so daß in der That die Bestimmung über die Verjährung der annua legata von sonst geltenden Grundsätzen nichts Abweichendes enthält.

§. 1480.

3). Die s. g. *dispositio parentum inter liberos* *).

a) Geschichte des Instituts bis auf Justinian.

Diese Lehre beginnt Hellfeld mit dem Satz: daß bei dem Testamente der Eltern unter Kindern alle Solennitäten nachgelassen seyen, — was gewiß nicht richtig ist und auch mit dem Inhalt des §. 1482. im Wider-

93) Nov. 131. c. 6.

*) Von der zahlreichen Spezialliteratur über diesen Gegenstand mögen folgende Schriften genannt seyn: *A.* Faber Ers. Pragmat. Dec. XXXV. u. XXXVI. *Sam.* Stryk Diss. de jure testandi inter liberos. Frf. 1683. (in collect. Frf. Vol. II. Nr. XIX.) G. F. v. Bülow Abhandl. über einzelne Theile des röm. bürgerl. Rechts. Bd. I. (Braunschw. 1817.). Nr. VI. *J. H. A.* Frankenfeld de discrimine nudae divisionis et testamenti parent. inter liberos. Gotting. 1792. *H.* Schroeder de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Jen. 1819. *M. J.* Euler de testamento et divisione parentum inter liberos comment. Berol. 1820. 8. J. A. Fritz Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung d. Lehre von d. Testamente d. Aeltern unter ihren Kindern. Gieß. 1822. *C. G.* Mueller de testamento parent. inter liberos privilegiato. Lips. 1826. Vergl. auch die Literatur zu §. 1483.

Digitized by Google

spruch steht. Sodann wird bereits in dem Eingangsparagraphen von Einmischung dritter Personen (d. h. von Verfügungen, welche in einem solchen Testamente zum Besten Dritter vorkommen), im §. 1481. von der Möglichkeit, Enterbungen in dem test. parent. inter liberos zu verfügen, ferner von der Aufhebung dieses Testaments durch ein neues, und erst im §. 1482. von den Erfordernissen desselben gehandelt. Dadurch wird eine Abweichung von der in dem Hellfeldschen Lehrbuch befolgten Anordnung dieser Lehre wohl zur Genüge gerechtfertigt erscheinen.

Von jeher konnte ein Testirer in einer zu Recht beständigen letztwilligen Verfügung Anordnungen über die Art und Weise treffen, wie sein Vermögen unter seine Erben vertheilt werden solle, — Anordnungen, welche auch der arbiter fam. erciscundae — wenn es zu einem gerichtlichen Theilungsverfahren kam — zu respectiren hatte, — mit Vorbehalt jedoch der gesetzlichen Erbenrechte, worüber ein Erblasser nicht willkührlich verfügen durfte, mit Vorbehalt also des den Erben oder Miterben zustehenden Abzugsrechts der Falcidischen Quart, und des Pflichttheilsrechts [94]). Besonders gewöhnlich waren Anordnungen dieser Art in Beziehung auf die Kinder des Erblassers [95]); von einem eigenthümlichen

94) S. namentlich L. 10. L. 21. C. *fam. ercisc.* (III. 36.) Vergl. auch L. 33. D. *eod.* (X. 2.) u. die folg. Note.

95) Vergl. L. 20. §. 3. L. 32. D. *fam. erc.* L. 39. §. 1. u. 5. *eod.* (S. über diese Stellen Fritz a. a. O. S. 14—15.) L. 21. C. *eod.* L. 8. pr. C. *de inoff. test.* (III. 28.) Die letztere Stelle ist ein Rescript Kaiser Alexander Severs aus dem Jahre 223., also

Digitized by Google

Recht solcher Dispositionen ist dabei lange nicht die Rede [96]). Auch das ist nichts Besonderes, daß eine von dem Vater vorgenommene Vertheilung einzelner Sachen für giltig erklärt wird, ungeachtet derselbe ab intestato starb [97]). Denn war einem Erblasser überhaupt eine vorläufige Vertheilung seines Vermögens gestattet, so mußte dieselbe auch in Beziehung auf seine Intestaterben geschehen können; daß in einem Falle, wo die Vertheilung in einem Intestatcodizill sich lediglich auf die nächsten Intestaterben bezieht, dieselbe ohne weiteres gilt, sonst aber das Vermögen erst an die Intestaterben kommt, welche deducta quarta Falcidia den Willen des Erblassers auszuführen haben [98]), begründet hier keine wesent-

aus dem Zeitalter der classischen Juristen. S. auch die folg. Note.

96) Frankenfeld diss. cit. §. 1. in f. glaubt zwar, daß schon K. Alexander Sever in der L. 8. C. *de inoff. test.* dergleichen Dispositionen von den gewöhnlichen Formalitäten entbunden habe, folglich darin die erste Spur unseres Testamentsprivilegiums anzutreffen sey. Indessen spricht die Stelle überall nicht von der Form der zur Frage stehenden Verfügung, sondern bestimmt nur, daß jedes Kind den Pflichttheil frei behalten müsse. Ob der Vater seine Anordnung in einem eigentlichen Testament getroffen hatte (worauf die Worte: „partis, quae ab instituto *potuit* ad eum pertinere" hindeuten), oder in einem Intestatcodizill, was ja überhaupt möglich war, ist hierbei ganz gleichgiltig. Vergl. Fritz a. a. O. §. 7. S. 16. Note a. u. S. 17. Note d.

97) L. 39. §. 1. D. *fam. erc.* „Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit" u. s. w.

98) L. 2. §. 4. L. 3. pr. L. 8. §. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.)

Digitized by Google

liche Verschiedenheit. — Genug, die Erben waren an eine solche Vertheilung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen gebunden, soweit das jus publicum (das von Privatautonomie unabhängige Recht) dies erlaubte. Diesem gemäß entscheidet Ulpian, der Erblasser könne auch die Schulden nach Maaßgabe der den Honorirten zugewiesenen Besitzungen vertheilen und wenn einer derselben die von ihm geforderte Zahlung verweigere, so sey er von den übrigen dazu mit praescriptis verbis actio anzuhalten, gleichsam als ob sie sich durch gegenseitigen Tausch der Besitzungen und Uebernahme der auf denselben haftenden Schulden verpflichtet hätten [99]).

Dagegen scheint eine Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian [100]) ein besonderes Recht für dergleichen Dispositionen, wenn sie Kinder betreffen, anzuerkennen. Sie lautet so: „Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed *etsi tam circa testamentum, quam etiam codicillos judicium ejus deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas ejus declarata sit*, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto retentionis modo servato familiae erciscundae judicio aditum judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur."

Die meisten Juristen aus früherer Zeit beziehen diese

99) L. 20. §. 3. D. *fam. ercisc.* — S. *Jos. Ferd. de* Retes opuscul. Lib. II. Sect. I. c. 7. §. 2. in Meermani thes. T. VI. p. 103. Westphal von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 712.

100) L. 16. C. *fam. erc.*

Digitized by Google

Stelle in der That auf ein eigentliches Privilegium der letztwilligen Dispositionen, worin sich Anordnungen zum Besten der Descendenten finden; es soll darin der Ausspruch enthalten seyn: wenn auch die Verfügung wegen formeller Mängel weder als Testament noch als Codizill bestehen könne, so solle sie dennoch die Wirkung eines Fideicommisses haben, falls sie sich nur auf Kinder beziehe, in welchem Fall dieselben die väterlichen Anordnungen anerkennen müssen, in der Art jedoch, daß ihnen sämmtlich die s. g. Trebellianische Quart [1]), wie jedem Fiduciarerben, frei bleibe. — So interpretiren: der Scholiast zu den Basiliken [2]), die Glosse [3]) und viele Andere [4]). Mit Recht ist indessen dagegen bemerkt, daß die hervorgehobenen Worte (etsi tam circa test. quam codicillos judicium ejus deficiat) keineswegs auf eigentliche Mängel bezogen werden dürfen, sondern es viel näher liege, sie auf den Willen, auf die Absicht des Testirers zu beziehen, so daß mithin der Kaiser sage: wenn der Vater weder ein Testament noch ein Codizill zu errichten beabsichtigt, sondern lediglich über Vertheilung seines Vermögens unter die Kinder Anordnungen trifft, so soll dies

1) Daß durch die Worte: „ex senatusconsulto retentionis modo servato“ auf die durch das Sctum Pegasianum angeordnete Befugniß des Fiduciarerben, die Falcidia abzuziehen (§. 5. J. *de fideic. hered.*) hingewiesen werde, ist allerdings außer Zweifel.

2) ed. Fabrot T. V. p. 729. sq. Schol. a. b.

3) Gl. Acc. *deficiat* ad h. l.

4) So namentlich Brunnemann comment. in Cod. h. l. Struk Diss. cit. Cap. I. Nr. 12. Frankenfeld in der angef. Dissert. §. 3. Euler Diss. cit. §. 2.

Digitized by Google

giltig seyn, der etwa zur Rechtshilfe aufgeforderte judex fam. erc. also den väterlichen Willen berücksichtigen müssen [5]). Das Besondere liegt auch hier wiederum nur in den persönlichen Verhältnissen, nicht in den zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätzen. Eine vorläufige Erbtheilung, welche weder Testament noch Codizill seyn soll (d. h. wodurch der Disponent die berücksichtigten Personen nicht eigentlich zur Nachfolge erst berufen will), oder die sich nicht auf ein voraufgegangenes Testament bezieht, ist nur möglich, sofern der Verfügende sich dabei seinen nächsten Intestaterben als Erben denkt. Hieraus erklärt sich denn das Rescript ganz einfach, wenngleich dem Ausdruck mehr Deutlichkeit und Bestimmtheit zu wünschen wäre. — Ein Vater will Intestaterbfolge eintreten lassen, nimmt aber eine vorläufige Erbtheilung vor. Dadurch hält sich das eine oder das andere der Kinder für beschwert und versucht eine Anfechtung der Disposition durch die Inoffiziositätsquerel. Die Kaiser rescribiren: die Quart sey hier unzuläßig, wohl aber müsse jedes Kind die Quarte (— denn diese betrug zu damaliger Zeit so viel als der Pflichttheil) frei behalten. Zwar tritt (wollen sie sagen) hier eigentlich Intestaterbfolge ein, indessen hat die Anordnung in soferne die Wirkung einer fideicommissarischen Verfügung, als jeder Intestaterbe den Theil der Erbschaft frei haben muß, welchen nach dem Pegasianischen Sct. der Fiduciarerbe in Anspruch nehmen darf. Die Abweichung von sonst geltenden Rechtsgrundsätzen

5) S. Vinnius select. jur. qu. Lib. II. c. 17. p. 483. Fritz a. a. O. §. 10., welchem auch beipflichten Mueller diss. cit. §. 1. Note 1. u. Rob. Schneider in der Uebersetzung der L. 16. cit. Bd. V. S. 503. Not. 129.

Digitized by Google

ist eine blos scheinbare, oder besteht lediglich darin, daß, was freilich richtiger so ausgedrückt wird: die väterliche Erbtheilung gilt, jedoch mit Vorbehalt des Pflichttheilsrechts [6]), — hier als Ausfluß des Pegasianischen Rechts bezeichnet ist. So konnten denn die Kaiser ihre Entscheidung sehr wohl auf das geltende Recht stützen, oder sagen: juris auctoritate significatur, — ein Ausdruck, welcher deutlich genug sagt, daß eine Abweichung von dem bisherigen Recht überall nicht beabsichtigt wurde.

Eine eigentliche Erweiterung des früheren Rechts enthält aber eine Constitution des K. Constantin aus d. J. 321 [7]). Er bestimmt darin, wenn auch ein eigentliches Testament beabsichtiget sey, indessen die Verfügung als solches aus irgend einem Grunde nicht bestehen könne, so solle sie dennoch gelten, insoweit sie sich auf sui oder auf solche Descendenten beziehe, welche nach prätorischem Recht als sui succediren können [8]). Hieraus ergiebt sich, daß dabei nur an väterliche Dispositionen gedacht wurde, da die Mutter weder sui hat, noch nach prätorischem Recht von Descendenten beerbt wurde. Daß Constan-

6) L. 8. pr. C. *de inoff. test.* — Vergl. auch L. 21. C. *fam. erc.* — Dies Rescript, von denselben Kaisern, enthält eine ähnliche Entscheidung, wie die L. 16. C. cit. Hier heißt es: „exemplo Falcidiae retentionis habita ratione", und etwas Anderes wollen die Kaiser denn auch in der L. 16. C. nicht sagen. — Vergl. v. Bülow a. a. O. S. 177. Note 4.

7) L. 1. Th. C. *fam. herciscc.* (II. 24.)

8) Im Eingange der Constitution ist zwar nur von sui die Rede, nachher aber auch von solchen, denen auxilio praetoris ut suis heredibus defuncti successio defertur. — Fritz a. a. O. §. 12. S. 25. fgg.

Digitized by Google

tin neues Recht anzuordnen wirklich beabsichtigte, geht sehr bestimmt aus dem Ausdruck, — aus der Fassung des Gesetzes hervor. Er beginnt damit: daß Kinder einer vom Vater angeordneten Erbtheilung Folge leisten müßten sey ausser Zweifel. Anbelangend dagegen schriftliche Aufsätze, die nach der Absicht des Disponenten ein Testament vorstellen sollten („*Quod vero* ad huiusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum mens fuisse invenitur, *ut de testamento intelligatur cogitatum*"), so scheine es zwar rechtlichen Grundsätzen widerstreitend („etsi repugnare jus videatur"), daß diese dennoch gelten sollten, wenn sich bei ihnen testamentarische Mängel fänden, indessen müßten sie von Descendenten des Erblassers respectirt werden. Worin die Neuerung bestehe? ist im Allgemeinen ebenfalls klar. Der Vater will nicht ab intestato beerbt werden, mithin konnte nach dem bisherigen Recht seine Verfügung nur bestehen, wenn die Ausführung seiner Absicht entsprach; doch sollen Descendenten desfallsiger Mängel ungeachtet dem väterlichen Willen nachkommen müssen. Welcher Art die Mängel auch seyn mögen, — ob der Wille noch nicht vollständig erklärt ist, oder der Ausdruck mangelhaft, oder die Form fehlt, — das ist hier einerlei; nur, wie sich ganz von selbst versteht, muß die Verfügung, soweit sie die Kinder betrifft, deutlich und bestimmt ausgesprochen seyn. Jedoch ist aus der Constitution mit Bestimmtheit nicht zu ersehen, ob die Disposition als eigentlich testamentarische, als Erbeinsetzung der Kinder aufrecht erhalten werden soll, oder ob Constantin nur die Giltigkeit der besonderen Zutheilungen vor Augen hatte, und im Uebrigen das bisherige Recht zur Anwendung kommen mußte, d. h. In-

Digitized by Google

testatsuccession für die sämmtlichen Kinder eintrat, die Zutheilungen selbst aber nur insoweit giltig und wirksam waren, als sie sich mit dem Pflichttheilrecht vertrugen. Dafür spricht der Umstand, daß nicht nur im Eingange der Constitution von einer divisio rerum die Rede ist, sondern auch am Schluß es heißt: es solle dem väterlichen Willen nachgekommen werden, „cum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegatur adscriptum". Practisch hatte diese Unterscheidung freilich nichts zu bedeuten, indem, wenn auch die Kinder Kraft des Testaments als Erben behandelt wurden, sich dabei doch allemal von selbst verstand: jedoch mit Vorbehalt des Pflichttheilrechts aller Einzelnen. Nur mittelbar könnte dies auf die Auslegung der Vorschriften Justinians über das testamentum parentum inter liberos von Einfluß seyn, insoferne nämlich, als es keinen Zweifel litte, daß jene Vorschriften ebenfalls auf wahre Testamente zu beziehen seyen, wenn schon Constantin beabsichtigte, die Aufrechthaltung unvollständiger Dispositionen als eigentliche Erbeinsetzung zu sanctioniren. Doch ist diese Absicht des Kaisers schwerlich anzunehmen[9]), und auch die unter dem Namen von Constantin

9) Hiernach konnte denn die Disposition nur die Wirkung eines Intestatsedikts haben. Daß dies die Meinung des Kaisers gewesen sey, wird insonderheit auch von folgenden Juristen angenommen: *Jac.* Gothofredus in comment. ad h. l. §. *Quarto.* Vinnius in select. jur. quaest. Lib. II. c. 17. p. 484. *G. L.* Boehmer elect. jur. civil. T. I. Nr. VI. §. 8. Frankenfeld Diss. cit. §. 4. v. Bülow a. a. O. S. 180. Euler in dem angeführten Comment. §. 7. 8. 9. Fritz §. 14. 15. Mueller Diss. laud. §. 5.

Digitized by Google

als L. 26. (oder ult.) C. *fam. erciec.* aufgenommene Constitution enthält nichts, woraus sich dies folgern ließe. Dieser Constitution liegt aller Wahrscheinlichkeit nach die L. 1. Th. C. *fam. hero.* zu Grunde, und außerdem ist dabei vielleicht noch eine andere Constitution desselben oder eines anderen Kaisers benutzt[10]; jedenfalls ist sie stark interpolirt. Sie lautete also: **Inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos Praetor ad successionem vocat sive coeptum neque impletum testamentum, vel codicillus, seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis vel indiciis inveniantur relictae, judicio familiae erciscundae (licet ab intestato liberi ad successionem vocentur) servato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta. Si vero in huiusmodi voluntate designatis liberis alia sit mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat personam permixtam, pro nulla haberi.** — Der Schlußsatz drückt etwas in den bisher angeführten

10) Vergl. *J.* Gothofredus in not. ad h. l. u. die folg. Note 11. S. auch Euler l. l. §. 7. Note g. — Uebrigens ist Wenck in seiner Ausg. der 5. ersten Bücher des Theodos. Coder. p. 134. Note g. der Meinung, daß die L. ult. C. *fam. erc.* eine von der L. 1. Th. C. *eod.* ganz verschiedene Constitution sey. Ihm pflichtet bei Mueller Diss. cit. pag. 12., welcher auch glaubt, daß die L. ult. C. cit. nicht blos von Erbvertheilung, sondern auch von einer wahren Erbenernennung der Kinder zu verstehen sey; p. 13. sq.

Digitized by Google

Constitutionen sich nicht Findendes aus, nämlich, daß die Disposition nur gelten könne, soferne sie sich auf Descendenten bezieht, die Einmischung einer dritten Person aber als gar nicht geschehen zu betrachten sey [11]). Im Grunde verstand sich dies aber schon von selbst, oder es ist ein bloßer Folgesatz aus der Bestimmung: die Disposition sey blos für die Descendenten giltig. Der erste Theil der Constitution ist es also, mit dem wir es hier zu thun haben, dieser aber enthält noch eine sehr bestimmte Unterstützung der Ansicht, daß die Disposition nur als Intestatcodizill gelten solle, indem darin eben so wie in den Rescripten der Kaiser Diocletian und Maximinian auf den nach Vorschrift des (Pegasianischen) Senatusconsults abzuziehenden Falcidia hingewiesen wird [12]).

Eine andere Erweiterung dieses Rechts enthält eine Verordnung des K. Theodos II., welche einen Theil der Constitution dieses Kaisers über die Testamentsform, aus dem J. 439 [13]), bildet. Nachdem darin von den Förmlichkeiten des schriftlichen Testaments die Rede gewesen und bemerkt ist, daß ein von den Zeugen nicht unterschriebenes und besiegeltes Testament ein imperfectum

11) Die L. 21. §. 3. C. *de test.* (VI. 23.) von Theodos II. enthält diesen Satz, weßhalb denn gewöhnlich angenommen wird, daß unsere Constit. (L. 26. C. *fam. erc.*) aus der Verordnung vom Constantin und aus einer Constit. von Theodos zusammengesetzt sey. S. übrigens, was gleich unten im Text über das Verhältniß der L. 21. C. *de test.* zu ihrem Original, so wie wir dieses jetzt kennen, gesagt ist.

12) Vergl. die in der Note 9. angef. Schr. S. jedoch auch den Schluß der vor. Note.

13) Nov. Theodos. II. oder Lib. I. Tit. XVI., im jus civile antejustin. ed. Berol. T. II. p. 1251. sqq.

Digitized by Google

sey, heißt es: „Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus“ [14]). Darauf geht die Constitution sofort zu den Förmlichkeiten des mündlichen Testaments über, ohne daß von einem privilegium testamenti parentum inter liberos weiter die Rede ist. In dem Justinianischen Codex findet sich diese Constitution als L. 21. C. *de testament.* (VI. 23.), mit Weglassung des Einganges und Schlusses, sowie mit einigen sonstigen Aenderungen. Die obige Stelle (in dem Justin. Codex ist es §. 3.) nun lautet hier so: „Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos *a parentibus utriusque sexus* habeatur, non volumus. *Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat per mixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.*“ — Die durch den Druck hervorgehobenen Worte fehlen in der Constitution, wie wir diese in den Novellen haben. Wer es weiß, wie stark besonders die Constitutionen in dem Justin. Codex interpolirt sind, und wer sich daran erinnert, daß der Satz, wegen der unstatthaften Einmischung dritter Personen anderswo (nämlich in der L. ult. C. *fam. erc.*) dem K. Constantin zugeschrieben wird, der findet es gewiß nicht unwahrscheinlich, daß die Compilatoren auch hier die Hand im Spiel hatten. Indessen ist es nicht unmöglich, daß Justinian die Constitution von Theodos vollständiger vor sich hatte, als wir sie jetzt kennen, daß mithin die obigen Worte ächt sind. Hiernach

14) §. 3. der so eben angef. Nov.

Digitized by Google

würde denn die Neuerung der Theodosianischen Constitutionen (abgesehen von der sich von selbst verstehenden Bestimmung über Unwirksamkeit der Einmischung Dritter) jedenfalls darin bestehen, daß das bisher nur den väterlichen Ascendenten zustehende Recht auch von den mütterlichen ausgeübt werden dürfe. Zweifelhaft bleibt es dagegen, ob einer unvollständigen dispositio parentum inter liberos die Bedeutung eines Testaments im engeren Sinne dadurch beigelegt ist, oder ob sie, wie bisher, nur als codizillarische Verfügung gelten soll. Ersteres wird häufig angenommen [15]). Erwägt man indessen, daß buchstäblich doch nur die Verfügung an sich für wirksam erklärt wird (voluntatem teneri defuncti), so darf schwerlich angenommen werden, daß, die Art und Weise dieser Wirksamkeit anbelangend, von dem bisher gegoltenen Recht habe abgewichen werden sollen [16]).

Hiernach würde dann der Stand des zur Frage stehenden Rechts vor der Novellengesetzgebung Justinians folgender seyn:

1) So wie jeder Testirer eine eigentliche Erbtheilung wirksam verfügen kann, eben so ist auch den Eltern gestattet, ohne alles Testament zu bestimmen, wie die Kinder als Intestaterben untereinander theilen sollen. Ob väterliche oder mütterliche Ascendenten auf diese Art verfügten, konnte keinen Unterschied begründen, eben weil

15) S. namentlich *G. L.* Boehmer a. a. O. Frankenfeld §. 7. Schroeder diss. cit. §. 5. p. 14. sqq. (welcher freilich geneigt ist, dies Recht schon der Verordnung Constantins zuzuschreiben.)

16) S. v. Bülow a. a. O. S. 182. Egler §. 10. Fritz §. 16.

Digitized by Google

darin nur die Anwendung eines Rechts lag, welches jedem Erblasser zustand [17]). Eine besondere Form für dergleichen Erbtheilungen gab es nicht; sie konnte schriftlich und mündlich erfolgen, nur mußte, wie sich von selbst verstreht, ein vollständiger Beweis dafür vorhanden seyn. Ob dies aber nicht durch die Bestimmungen des späteren Rechts über die Form der Codicille von selbst abgeändert sey? wird weiter unten zur Sprache kommen.

2) Soll aber die Verfügung ein Testament oder ein Codizill seyn, wodurch die darin genannten Personen eigentlich honorirt, oder zur Nachfolge berufen werden sollen, so dürfen ihr die dazu erforderlichen Bedingungen nicht fehlen. Nur Eltern haben das Privilegium, daß auch eine solche Disposition gilt, jedoch nicht als wahres

17) v. Bülow beschränkt auch das Erbtheilungsrecht, so wie es schon den Pandektenjuristen bekannt ist, auf die väterlichen Ascendenten (a. a. O. S. 173. fg.), und glaubt, daß dasselbe erst durch eine Constitution von Constantin aus d. J. 327. (L. 2. Th. C. *fam. erc.*) eingeführt sey; (ebendas. S. 181.) In dieser Constitution (offenbar ein bloßes Rescript, veranlaßt durch die Consultation eines Präfecten) ist von einem Falle die Rede, wo eine Mutter noch bei ihrem Leben ihr Vermögen wirklich vertheilt hatte und die Kinder sich der mütterlichen Verfügung gemäß in den Besitz gesetzt hatten. Der Kaiser entscheidet: allerdings widerstreite es an sich dem Recht und der Sitte, noch beim Leben des Erblassers sich in den Besitz der künftigen Erbschaft zu setzen oder sich darin zu theilen; werde indessen nachgewiesen, daß dies von der Mutter (deren Erbschaft hier zur Frage stand) selbst ausgegangen sey und dieselbe bis ans Ende ihres Lebens dabei beharrt habe, so müsse das Geschehene bei Kräften bleiben. Daß der Kaiser hiedurch etwas Neues einführen wollte, wird auch nicht entfernt angedeutet.

Digitized by Google

Testament, sondern als vorläufige Erbtheilung; auch muß die Verfügung in einem schriftlichen Aufsatz erfolgt seyn.

Dabei entsteht denn die Frage: wenn nun eine eigentliche testamentarische Verfügung überall nicht beabsichtigt wurde, sondern eine bloße Vertheilung, konnte denn diese mündlich und ohne Beobachtung der im Justinianischen Recht geltenden Codizillarform (Zuziehung von 5 Zeugen) erfolgen? Das Privilegium setzte einen schriftlichen Aufsatz voraus, aber die bloße Vertheilung des Vermögens beruhete ja überall nicht auf dem Grund eines besonderen Rechts. Auch unterscheiden die Kaiser ja sehr deutlich eine Codizillarverfügung von einer bloßen Vermögensvertheilung[18]). Indessen geschah dies doch wohl mit Rücksicht auf das, was der Erblasser zunächst eigentlich wollte; es soll dies also wohl nur heißen: es kommt darauf an, ob der Erblasser eine fideicommissarische Verfügung beabsichtigte, oder ob er lediglich sein Vermögen unter diejenigen vertheilen will, welche er sich als Intestaterben denkt. Im Allgemeinen nannten die juristischen Classiker jede letztwillige Verfügung außer dem Testament, sie mochte sich auf Testamentserben oder auf Intestaterben beziehen, einen Codizill[19]). Und gehen wir davon aus, daß die bloße Vermögensvertheilung an keine Form gebunden gewesen sey, so ist es schwer mit der sonstigen Begünstigung der dispositiones parentum inter liberos zu vereinigen, daß Justinian für die Vertheilung des Vermögens an die Kinder eine besondere

18) S. L. 16. C. *fam. erc.*

19) Geradezu wird eine Vermögensvertheilung unter die Kinder als Intestaterben so genannt in der L. 19. §. 1. D. *fam. erc.* (S. oben Note 97. dieses §.)

Digitized by Google

Form vorschrieb [20]), Andere dagegen ohne alle Form eine Erbtheilung (für Testaments- oder Intestaterben) hätten anordnen dürfen. Consequenter ist es daher gewiß, wenn man annimmt, daß, seitdem eine bestimmte Form für Codicille aufgekommen war, diese auch für bloße Erbtheilungen beobachtet werden mußten, außer wenn sie von Eltern in Beziehung auf ihre Kinder und zwar schriftlich erfolgte [21]).

§. 1481.

b) Justinians Gesetzgebung über den Gegenstand.

Wenden wir uns nunmehr zu Justinians eigner Gesetzgebung. Seine erste Vorschrift bezieht sich eben wieder nur auf solche Verfügungen der Eltern, welche eine bloße Erbtheilung bezwecken. Sie ist in der Nov. 18. [22]) Cap. 7. enthalten. Der Kaiser erklärt, daß er durch seine Vorschrift den Zweifeln und Zwistigkeiten ein Ende machen wolle, welche durch die oftmaligen unbestimmten und nicht einmal immer erweislichen Erbtheilungen der Eltern so leicht veranlaßt würden. Daher verordne er: wer sein

20) Nov. 18. c. 7.

21) Fritz §. 18. — Doch möchte ich nicht mit diesem Schriftsteller behaupten, daß dadurch die Stellen, worin von mündlicher Theilung die Rede ist (wie L. 20. §. 3. D. *fam. erc.*), für antiquirt angesehen werden müßten; nur ohne Beobachtung der neuen Codizillarform konnten dergleichen Verfügungen nicht mehr geschehen.

22) Diese Novelle (aus dem J. 536) ist, wie manche andere, eine Lex miscella. Außer der Vorschrift über den hier zur Frage stehenden Gegenstand enthält sie Bestimmungen über den Pflichttheil, das Collationsrecht und Anderes, was unter einander in keiner eigentlichen Verbindung steht.

Digitized by Google

Vermögen oder Theile desselben unter seine Kinder vertheilen wolle, der solle die zu vertheilenden Gegenstände wo möglich in seinem Testamente bezeichnen; werde er aber daran durch die Umstände verhindert, so stehe ihm frei, eine Vertheilung seiner Sachen vorzunehmen, und die darüber aufgenommene Urkunde entweder selbst zu unterschreiben oder durch seine Kinder unterschreiben zu lassen, um auf diese Weise dem Geschäft unzweifelhaften Glauben zu verschaffen. Geschehe dies nicht, sondern erfolge nur eine ungewisse und (wie meistens der Fall) unbezeugte Vertheilung, so sey das Geschäft null und nichtig, und weder die Kinder selbst noch der Theilungsrichter sey daran gebunden.

Aus dieser Verordnung nun ist die folgende Authentike (zu L. ult. C. *fam. erc.*) excerpirt: „Si modo subjiciatur huic scripturae vel ipsius parentis, vel omnium, inter quos fit partitio, liberorum subscriptio". Der Verfasser dieser Authentike drückt also den Inhalt von Justinians Vorschrift, soweit sie sich auf bloße Erbtheilungen der Eltern bezieht, so aus: zu ihrer Form gehöre die Unterschrift entweder der theilenden Eltern, oder der Kinder, und — wie sich hiernach von selbst versteht — eine über die Theilung aufgenommene schriftliche Urkunde. Dies ist auch von jeher die gemeine Meinung gewesen. Anders ist aber Justinians Bestimmung von dem deutschen Uebersetzer aufgefaßt. Nach ihm soll der Kaiser verordnet haben, „daß Jeder, der sein Vermögen ganz oder theilweis unter seine Kinder vertheilen will, die Theilungsgegenstände, wenn es nur einigermaaßen geschehen kann, in seinem letzten Willen ausdrücklich nennen soll —. Ist ihm dies — — — nicht möglich, so hat er dennoch die Raten der

Digitized by Google

zu vertheilenden Gegenstände auszuwerfen, und entweder selbst zu unterschreiben, oder von den Kindern — — unterschreiben zu lassen — — —. Beobachtet er diese Form nicht, trifft er vielmehr eine unzusammenhängende Vertheilung ohne zugezogene Zeugen, so gewährt er seinen Kindern keinen Vortheil u. s. w. [23]). Jedenfalls ist der Satz, welcher von der zu beobachtenden Form handelt, zweideutig ausgedrückt. So wie der Uebersetzer ihn wiedergiebt, kann die Vorschrift auch so verstanden werden: der Testirer soll entweder die zu vertheilenden Objecte selbst nennen, oder wenigstens die Quoten ausdrücken. In der That aber sagt der Kaiser: am angemessensten und sichersten geschehe die Theilung in einem eigentlichen Testamente. Da aber Umstände eintreten können, welche die Abfassung eines Testaments verhindern, so genüge eine bloße Vertheilung (wobei also die Kinder als Intestaterben gedacht werden), nur müsse die Vertheilungsacte entweder von ihm selber oder von den Kindern unterschrieben werden [24]). Den Nachsatz, worin von der Wirkung der Unterlassung jener Vorschrift die Rede ist, drückt die Uebersetzung so aus, als ob bei

23) Bd. VII. der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. civ. S. 131. 132.

24) Schon im Eingange sagt der Kaiser, daß die Eltern gewöhnlich nicht, wie dies doch geschehen müsse, in einem Testamente oder in einer von ihnen unterschriebenen Urkunde die Theilung vornähmen. Sehr richtig drückt daher Mueller den Inhalt unseres Capitels so aus: der Kaiser habe darin für die Erbtheilungen „certam formam —, aut testamentum, aut scripturam, vel solius ascendentis vel omnium liberorum subscriptione munitam“ vorgeschrieben; in der angef. Dissert. §. 8.

Digitized by Google

der Vertheilung und der Unterschrift nothwendig Zeugen zugezogen werden müßten. War dies gemeint, so würde die Fassung des Gesetzes im höchsten Grade unlogisch seyn. Zuerst wäre etwas über die Form bestimmt, der von Nichtbeobachtung dieser Form handelnde Theil des Gesetzes aber enthielte beiläufig noch eine andere formelle Vorschrift. Hätte dies seine Richtigkeit, so würde denn auch die Authentike mit dem Inhalt des Gesetzes nicht übereinstimmen. Nun heißt es allerdings in dem Nachsatz: wenn der Disponent die vorgeschriebene Form nicht beobachte, sondern, wie es gewöhnlich geschehe, eine zweifelhafte, verworrene und „ἁμάρτυρον ὑπογραφὴν ποιήσαιτο", so solle das nicht gelten. Dies kann nun an sich sehr wohl bedeuten: eine unbezeugte oder unerweisliche Vertheilung ist nicht zu beachten. Höchst wahrscheinlich aber schwebte dem Kaiser hierbei wieder der Veranlassungsgrund seines Gesetzes vor, worüber er sich im Eingange ausführlich verbreitet: oft finde sich über die Vertheilung nur ein Zettel vor, der des Aufbewahrens nicht werth sey, zum Theil von dem Disponenten, zum Theil von einem Dritten, vielleicht durch Bestechung Gewonnenen, beschrieben, so daß man nicht einmal wissen könne, ob der Inhalt der Scriptur auch mit dem Willen des Disponenten übereinstimme. Daher verordne er, daß die Theilung entweder in einem förmlichen Testament geschehen, oder durch die Unterschrift der Eltern oder der Kinder beglaubigt werden sollte. Die Aechtheit dieser Unterschriften muß natürlich feststehen, und dies läßt sich am einfachsten dadurch bewirken, daß sie in Gegenwart von Zeugen erfolgen. Daß aber die Zuziehung von Zeugen als formelles Erforderniß einer solchen Verfügung vorgeschrieben sey, läßt sich keines-

Digitized by Google

wegs behaupten; der Verfasser der Authentike hat daher den Inhalt des Gesetzes über die Form, welche bei einer bloßen divisio parentum inter liberos zu beobachten ist, ganz richtig aufgefaßt.

Etwa 5 Jahre später (im J. 541.) erfolgte das umfassendere Gesetz über letztwillige Verfügungen der Eltern, welches wir als Nov. 107. kennen. Im Eingange bezieht sich Justinian auf die über den Gegenstand bereits ergangenen Gesetze von Constantin[25]) und von Theodos II.[26]). Jener habe bestimmt, daß letztwillige Verfügungen der Väter in Beziehung auf ihre in der Gewalt befindlichen oder emanzipirten Kinder stets wirksam seyn sollten, auch wenn der Testirer sich nicht gehörig ausgedrückt habe, falls nur durch Schlüsse oder sichere Vermuthungen der Wille desselben sich erkennen lasse. Ein Gleiches ordne K. Theodos an, indem er das nämliche Recht den Ascendenten beiderlei Geschlechts zugestehe. Diese Erlaubniß habe man aber vielfach gemißbraucht, indem Verfügungen zum Vorschein gekommen seyen, deren Inhalt mehr habe errathen werden müssen, als durch Interpretation ermittelt werden können. Hierauf erfolgen denn die gesetzlichen Vorschriften über den Gegenstand in drei Capiteln; seiner eignen früheren Verordnung (Nov. 18. c. 7.) gedenkt der Kaiser erst in dem dritten Capitel. Die beiden ersten Capitel beziehen sich auf das, was wir jetzt das test. privilegiatum parentum inter liberos zu nennen pflegen, und zwar enthält das erste Vorschriften über die Form, das zweite über die Aufhebung einer solchen Verfügung; das dritte Capitel betrifft die bloßen Erbvertheilungen.

25) L. 1. Th. C. *fam. herc.* L. 26. Justin. C. *eod.*

26) Nov. Theod. II. Tit. XVI. §. 5. oder L. 21. §. 3. C. *de testam.*

Digitized by Google

Ehe auf den hauptsächlichen Inhalt des Gesetzes übergegangen wird, soll zuvörderst die Streitfrage erörtert werden: welches sind die Subjecte bei diesen Verfügungen, oder: auf welche Descendenten können sich dieselben beziehen? Nach der richtigen Ansicht sind alle Descendenten des Testirers gemeint, welche ihn ab intestato beerben, mithin auch Enkelkinder, diese aber freilich nur, sofern ihnen nicht ein näherer Descendent im Wege steht. Sie hat auch von jeher zahlreiche Vertheidiger gefunden [27]). Indessen behauptet man wohl, daß nur für Kinder ersten Grades eine solche Verfügung gelte [28]), da Justinian in der Nov. 107. c. 1. nur von filii (παῖδες) spreche, darunter aber nach Ulpians Erklärung nur Kinder des ersten Grades zu verstehen seyen [29]). Allerdings hat der Ausdruck filius in der Sprache des gemeinen Lebens diese engere Bedeutung und so wird derselbe auch vielfach in unseren Rechtsquellen gebraucht; namentlich wurde im

27) Stryk Diss. cit. Cap. II. Nr. 6—13. Nr. 22—31. (S. übrigens unten Note 35.) Pufendorf observ. jur. univ. T. II. obs. 30. *G. L.* Boehmer l. l. (de liber. fideic. oner. in elect. jur. civ. T. I. (Exerc. VI.) §. 8. *M. G.* Wernher lectiss. comm. in Pand. h. t. §. 14. Frankenfeld diss. cit. §. 13. Bülow a. a. O. (Abhandl. Bd. I.) S. 190. fg. Nr. 9. Fritz a. a. O. §. 23. Mueller diss. cit. §. 11. — Und von Compendien: Hufeland Lehrb. des gem. Civilr. Bd. II. §. 1339. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 482. (oder Buch V. §. 127.) Mein Lehrb. des Pand. R. Bd. III. §. 696.

28) So *W. T.* Martini diss. de test. paterno minus solenni. (Witenb. 1677.) Cap. II. Nr. 4.

29) L. 6. D. *de test. tut.* (XXVI. 4.) Vergl. §. fin. J. *qui test. tut. dari poss.*

Digitized by Google

Zweifel angenommen, daß ein Testirer, wie überhaupt so auch hier, sich von der im gemeinen Leben üblichen Wortbedeutung nicht entfernt habe[30]). Anders aber, wenn in Gesetzen oder im Edict von dem Rechtsverhältnisse der Nachkommen die Rede war; hier hatte gerade umgekehrt das Wort filii in der Regel die Bedeutung von Descendenten beiderlei Geschlechts; in dieser Beziehung wird die allgemeine Regel aufgestellt: „filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri“[31]). Eben so wird der Ausdruck παῖς überhaupt für Nachkommenschaft gebraucht, wie denn auch Julianus das μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων in unserer Stelle durch inter liberos suos wieder giebt[32]); daß aber liberi gewöhnlich für Descendenten steht, ist bekannt[33]). Es kommt endlich noch hinzu, daß Justinian ausdrücklich auf die Gesetze von Constantin Bezug nimmt; in diesen aber ist überhaupt von den Descendenten die Rede, welche nach Civil- oder prätorischem Recht zur Erbfolge berufen werden[34]). Zu weit gehen indessen diejenigen, welche aus der hier anwendbaren allgemeinen Bedeutung von filius oder παῖς schließen, daß eine privilegirte Verfügung der Eltern auch in Beziehung auf die

30) S. L. 122. D. *de V. S.*, wo der Jurist die Frage nach der Bedeutung des Worts, wenn es in Privatdispositionen gebraucht wird, für eine quaestio facti erklärt. — Euler diss. cit. §. 27.

31) L. 220. §. 1. D. *de V. S.* Uebereinstimmend ist auch L. 24. *eod.*

32) Julianus in epitome Novellarum const. 100. — Ebenso übersetzt auch Homberg. Vergl. noch Euler l. l. p. 29.

33) L. 220. pr. D. *de V. S.*

34) L. 1. Th. C. *fam. herc.* L. 26. Justin. C. *eod.*

Digitized by Google

Descendenten möglich sey, welchen ein noch näherer Descendent vorgeht [35]). Auch hiefür müssen uns die früheren Gesetze zur Norm dienen, an die Justinians Vorschrift sich ja nur anschließt. Wenn Constantin das Privilegium für diejenigen Descendenten zuließ, welche im Civilrecht oder vom Prätor zur väterlichen Erbschaft gerufen werden, so heißt das: für die zur Intestaterbfolge Gerufenen, und eben dies kann nur Theodos gemeint haben, wenn er dasselbe Recht auch auf die mütterlichen Ascendenten ausdehnt. Ueber die Subjecte aber bestimmt Justinian überall nichts Besonderes, weßhalb denn der Satz sehr wohl begründet erscheint: die privilegirte letztwillige Verfügung der Eltern bezieht sich auf solche Descendenten, von denen dieselben ab intestato be-

35) Auch Strykk (in caut. testam. Cap. X. §. 7.) weicht von seiner anderswo (s. Note 27.) geäußerten Ansicht in soweit ab, als er auch für Enkel von noch lebenden Kindern die privilegirte Disposition zuläßt, falls nur der Testirer den Kindern ihren Pflichttheil zuwende. Ohne alle Beschränkung nehmen die obige Meinung an: Lauterbach collect. theor. pract. *h. t.* §. 25. Hofacker princ. jur. civ. Rom. G. T. III. §. 1384. Nr. I. Thibaut Pand. §. 845. Nr. 1. Guenther princ. jur. Rom. priv. noviss. §. 781. Nr. I. 2. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 820. S. 125. A. Haimberger röm. Privatr. Bd. III. §. 353. Note b. Sodann die Dissertationen von Schroeder §. 8. und Euler §. 29. — Manche Lehr- und Handbücher äußern sich über die Frage überall nicht (z. B. Mackeldey, Puchta u. a.), auch Göschen in seinen Vorlesungen läßt sie unberührt. Er bemerkt blos (Bd. V. §. 902.), daß die privilegirte Verfügung sich nur auf Kinder beziehen dürfe, auf den Grad aber nichts ankomme, — wobei denn freilich das Wort Kinder gegen unseren feststehenden Sprachgebrauch für Descendenten aller Art genommen wird.

Digitized by Google

erbt werden. — Es folgt hieraus, daß dergleichen Verfügungen auch für (vollständig) legitimirte und, sofern sie vom Vater ausgehen, für Adoptiv-Kinder gelten, die von der Mutter und mütterliche Ascendenten ausgehenden aber auch für uneheliche Descendenten, sofern ihnen ein Intestaterbrecht überhaupt zusteht [36]). — Streitig ist a) ob auch für minus plene adoptati? Die bejahende Antwort hat gewiß die überwiegenden Gründe für sich. Denn vom Notherbenverhältniß wird dies Recht nirgends abhängig gemacht, zur Intestaterbfolge sind aber minus plene adoptati eben so gut berufen, wie die vollständig Adoptirten [37]). Um so weniger darf also bezweifelt werden, daß der Mutter in Ansehung der von ihr in solatium liberorum amissorum adoptirten Kinder das Recht der privilegirten Disposition zustehe, indem diesen sogar Notherbenrecht zukommt [38]). b) Manche wollen das Recht auch auf die liberi naturales beziehen, insoferne dieselben zwei Zwölftheile des väterlichen Nachlasses in Anspruch nehmen dürfen [39]). Indessen weicht das nur

36) S. die Abhandlungen von Frankenfeld §. 13. Fritz §. 24. 25. Euler §. 30—33. Mueller §. 12. 13. Ferner: Wernher lectissimae comment. l. l. §. 14. Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld Bd. II. §. 1480. Nr. 1. 2. v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 482. (oder Buch V. §. 127.)

37) Fritz a. a. O. §. 25. Mueller diss. cit. §. 13. — Das Gegentheil behaupten: Frankenfeld diss. cit. §. 21. Schroeder l. l. §. 8. Euler §. 31.

38) Für diesen Fall läßt denn auch Euler §. 33. p. 34. das Privilegium zu.

39) Faber Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 5. Schroeder l. l. §. 8. — Hofacker princ. jur. civ. R. G.

Digitized by Google

aufferordentlicherweise eintretende Intestaterbrecht der Concubinekinder an dem väterlichen Nachlaß sowohl seinem Grunde als seiner Wirkung nach so erheblich von dem regelmäßigen Recht der Intestaterbfolge ab, daß man gewiß Bedenken tragen muß, die auf die Intestaterben sich beziehenden besonderen Rechte auch hierauf anzuwenden [40]).

Die Frage: was Rechtens sey, wenn ein Nichtdescendent in einer solchen Verfügung honorirt, oder, wie man gewöhnlich sagt, eingemischt wird? kann erst da erörtert werden, wo von den Wirkungen des s. g. testam. parent. inter liberos die Rede ist.

Was nun den eigentlichen Inhalt unseres Gesetzes anbelangt, so war von jeher die gemeine und auch jetzt noch gangbare Ansicht hierüber die: das Gesetz unterscheidet ein eigentliches testamentum inter liberos von der bloßen Erbtheilung. Von ersterem ist in den Capiteln 1. u. 2. die Rede, von der Theilung zum Theil im ersten und besonders im dritten Capitel. Diese Ansicht liegt denn auch der jetzt folgenden Darstellung zu Grunde, so daß zuvörderst von dem test. parentum inter liberos, demnächst aber von der bloßen divisio gehandelt werden wird, wobei denn einstweilen noch auf sich beruhen bleiben soll, ob der in den beiden ersten Capiteln erwähnten Dispósition die

§. 1384. Nr. II. läßt sogar eine privilegirte Disposition des Vaters für alle und jede uneheliche Descendenten zu, falls sie nur zu Erben eingesetzt werden könnten. Gründe führt er nicht an.

40) S. Stryk diss. cit. §. 14 — 21. u. Caut. testam. Cap. X. §. 5. Euler l. l. §. 30. Fritz a. a. O. §. 24. Mueller diss. cit. §. 12.

Digitized by Google

Bedeutung eines eigentlichen Testaments überhaupt zugestanden werden könne, oder nicht?

§. 1482.

Insbesondere I. Vom *test. privilegiatum parentum inter liberos.*

Es kommen hierbei zunächst die Erfordernisse eines solchen Testaments zur Frage, sodann die Wirkungen oder die rechtliche Bedeutung desselben, und zuletzt die besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Aufhebung dieses Testaments. Wir sehen hierbei aber vorerst noch ganz ab von dem hieher gehörigen Inhalt der Not.-Ordnung Maximilians I. und der Praxis, beschränken uns daher bei der zunächst folgenden Ausführung auf die Erklärung des Rechts der Nov. 107. — Was nun

I. die Erfordernisse des test. par. int. liberos anbelangt, so ergeben sich die besonderen subjectiven Bedingungen aus der vorstehenden Erörterung über die Personen, auf welche jede privilegirte Disposition der Ascendenten, mag sie Testament oder Erbtheilung seyn, beschränkt ist. Ausdehnungen, wie man sie wohl bisweilen versucht hat (z. B. auf Stiefkinder, Ehegatten, Geschwister u. s. w.) sind, wie jede analogische Ausdehnung eines singulären Rechts, schlechthin zu verwerfen[41]). Außerdem versteht sich von selbst, daß die Testamentsfähigkeit weder dem Disponenten noch dem Honorirten fehlen darf, — also sowohl die s. g. testamenti factio activa als passiva vorhanden seyn muß. Und so wie überhaupt Niemand ein Testament errichten darf, dem die physische Fähigkeit fehlt, seinen

41) Euler l. l. §. 35. 36. Fritz a. a. O. §. 26. Mueller l. l. §. 14.

Digitized by Google

Willen auf die Art zu äußern, wie es das Gesetz verlangt[42]), so darf auch einem Blinden die Befugniß, ein privilegirtes test. par. inter liberos zu errichten, nach römischem Recht nicht zugestanden werden, indem dazu (nach der richtigen Meinung) erforderlich ist, daß der Testirer Manches eigenhändig schreibe[43]).

Hauptsächlich kommt hier aber die Form in Betracht; da in dieser Hinsicht Einiges vorgeschrieben ist, was bei gewöhnlichen Testamenten nicht beobachtet zu werden braucht, so pflegt man das test. par. inter liberos auch wohl als ein Testament mit eigenthümlichen oder veränderten Formalitäten aufzuführen[44]). — Ueber die zu beobachtende Form nun äußert sich der Gesetzgeber im Cap. nach der versio vulgata wie folgt:

„Omnia clara et aperta consistere volentes —, volumus, siquis literas sciens inter filios suos voluerit facere dispositionem, *primum quidem ejus subscriptione tempus declaret, deinde* quoque filiorum *nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas literas declarandas,* ut undique clarae et indubitatae consistant. Si vero etiam rerum voluerit facere divisionem, aut in quibusdam rebus certis, aut omnes aut quasdam institutiones statuere: *et harum inscribat significationes, ut ejus literis omnia declarata,* nullam ulterius contentionem filiis derelinquant. Si tamen aut uxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit re linquere legata, aut fideicommissa, aut libertates,

42) L. 29. C. *de testament.* (VI. 23.)
43) S. Euler l. l. §. 34.
44) S. Mackeldey Lehrb. §. 648.

Digitized by Google

et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt et volunt valere, sint firma: *nihilo minuenda eo quod videantur in charta scripta, reliquam testamentorum observationem non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod ejus manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.*“

Daß dies Testament ein privilegirtes oder von der gewöhnlichen Form entbundenes seyn solle, ist nirgends in dem Gesetz gesagt. Es könnte daher gefragt werden: ob nicht außer den gewöhnlichen Formalitäten auch noch dasjenige zu beobachten sey, was das Gesetz für das test. par. inter lib. erfordert? in welchem Falle man es ein Testament mit vermehrten Solennitäten nennen müßte. Auf gewisse Weise wird dies von Cujacius behauptet[45]): nach ihm ist die Zuziehung von Zeugen auch bei diesem Testament unerläßlich und nur die Unterschrift und Besieglung durch dieselben nicht nöthig, indem diese schon in der Constitution von Theodos II. (L. 21. §. 3. C. *de testam.*) nachgelassen sey. Indessen erforderten letztwillige Verfügungen der Eltern, wie die Kaiser Constantin und Theodos sie vor Augen hatten, überall keine Zeugen, und bei Codizillardispositionen waren sie überhaupt nicht nöthig. Letzteres änderte sich und nur für dispositiones parentum inter liberos war es ausdrücklich anerkannt, daß, wenn auch ein Testament oder Codizill beabsichtiget, diese Absicht aber nicht gehörig ausgeführt sey, die Verfügung doch so gut als möglich auf-

45) *Jac.* Cujacii consultation. Nr. I. Dagegen erfordert derselbe nicht die eigenhändige Schrift des Testirers. S. darüber unten.

Digitized by Google

recht erhalten werden solle[46]). Hierauf nimmt nun der K. Theodos Rücksicht in dem Gesetz, worin er die Form für alle Testamente bestimmt[47]), und namentlich vorschreibt: bei schriftlichen Testamenten dürften die Unterschriften und Besieglungen der Zeugen nicht fehlen, sonst sey das Testament ein infectum oder imperfectum, „et imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, *nisi inter solos liberos habeatur*, non volumus.“ Heißt dies nun etwa: nur die Unterschriften und Besieglungen dürften fehlen, Alles übrige aber müsse beobachtet seyn? Dies Resultat könnte nur durch ein hier gewiß unzuläßiges argumentum a contrario herausgebracht werden. Der Kaiser sagt: imperfectum sey ein Testament schon, wenn es von den Zeugen nicht unterschrieben oder besiegelt worden, ein imperf. test. aber solle gelten, wenn es eine dispositio parentum inter liberos sey; hieraus folgt allerdings, daß eine solche Disposition gilt, wenn die etwa zugezogenen Zeugen auch nicht unterschreiben, keineswegs aber, daß sie nicht gelte, wenn gar keine Zeugen zugegen sind[48])! War nun zu der Zeit, als Justinian sein Gesetz erließ, die Zuziehung von Zeugen bei dergleichen Verfügungen nicht erforderlich, so dürfen wir dieselbe nicht als sich von selbst verstehend bei einer gesetzlichen Bestimmung voraussetzen, welche nur die Fortbildung des bisherigen Rechts bezweckte. Zwar spricht die Novelle von Zeugen,

46) S. die L. 1. Th. C. u. L. 26. Inst. Cod. *fam. erc.* u. die davon oben zur Note 7—12. dies. Centurie gegebene Erklärung.

47) Nov. Theodos. XVI. oder L. 21. C. *de testam.* (s. die Erklärung zu den Noten 13. fg. dieser Centurie.)

48) Eine ausführlichere Widerlegung dieses Arguments von Cujacius findet sich bei Euler l. l. §. 50. 51.

Digitized by Google

allein nur in Beziehung auf solche testamentarische Anordnungen, welche dritte Personen betreffen; in dieser Bestimmung liegt daher noch ein sehr gutes Argument für die gemeine (auch von jeher kaum in Zweifel gezogene) Ansicht, daß die Disposition, soweit sie die Descendenten betrifft, keine Zeugen erfordert[49]). Noch bestimmter aber geht dies Resultat aus dem Schlußsatze des Capitels hervor. Nachdem nämlich der Kaiser angedeutet hat, daß wenngleich die Einmischung dritter Personen die Zuziehung von Zeugen nöthig mache, doch dabei nicht gerade alle Erfordernisse schriftlicher Testamente (Unterschrift und Besieglung der Zeugen) zu beobachten seyen, giebt er als Grund dafür an: daß die Kraft des test. par. inter liberos ja hauptsächlich auf den eigenhändigen Erklärungen des Testirers beruhe[50]).

Das test. par. int. lib. ist also darin von der gewöhnlichen Form entbunden, daß es der Zuziehung von Zeugen nicht bedarf. Um so strenger muß es dagegen mit den sonstigen Vorschriften des Gesetzes genommen werden. — Zuvörderst ist als unerläßlich anzusehen: eine schriftliche Testamentsurkunde, so wie: daß der Testirer wenigstens diejenigen Punkte eigenhändig niederschreibe, von denen dies ausdrücklich in dem Gesetze bestimmt ist. — Doch ist beides nicht unbestritten. Es müssen hierbei drei an sich verschiedene, der unsrigen aber entgegenstehenden Ansichten gesondert werden.

1) Nach der einen bedarf es auch zu einem mündlichen test. par. inter lib. keiner Form, sondern es soll

49) S. die Dissertat. von Frankenfeld p. 31. Schroeder §. 10. Euler §. 52. Vgl. Fritz a. a. O. S. 59. Note d.

50) S. die Uebersetzung von Robert Schneider Bd. VII. S. 511. der deutschen Uebersetzung des C. j. civ.

Digitized by Google

genügen, wenn das Daseyn und der Inhalt der Verfügung durch Zeugen erwiesen werden kann [51]). Diese Ansicht stützt man hauptsächlich darauf, daß ja früher schon die dispositiones parentum inter liberos mündlich und ohne Form hätten errichtet werden dürfen, die Nov. 107. aber nur von dem Fall spreche, wenn der Testirer schriftlich testiren wolle und könne. — Allein das frühere Recht, das man hierbei im Sinn hat, ist überall nicht auf ein Privilegium der Eltern zu beziehen, sondern auf bloße vorläufige Erbtheilungen [52]). Als in dieser Hinsicht ein besonderes Recht für Eltern aufkam, erforderte man schriftliche Abfassung der Willenserklärung [53]). Ferner spricht Justinian allerdings in der Nov. von den Eltern: qui literarum periti inter liberos suos testari voluerint. Wie mag man aber daraus schließen: wer schrift-

51) Diese Ansicht wird besonders vertheidigt von Vinnius select. jur. quaest. Lib. II. c. 18. und anderen älteren Juristen, welche dieser Schriftsteller nennt. — Schon unter den Glossatoren wurde hierüber gestritten. S. Haenel dissensiones dominorum p. 182. sq. §. 83. Von neueren Juristen behauptet noch Frankenfeld, daß schon nach röm. Recht ein privilegirtes mündliches Testament der Eltern unter den Kindern angenommen werden könne, diss. cit. §. 18. Er meint, daß die ratio privilegii: die Kinder sind den Anordnungen der Eltern Gehorsam zu leisten schuldig —, eben so gut auf mündliche wie auf schriftliche Testamente passe. Indessen auch ganz abgesehen von der Anzulässigkeit analogischer Anwendung eines jus singulare, so schreibt ja das Gesetz besondere Bedingungen für das privilegirte Testament vor, und zwar solche, die einen schriftlichen Aufsatz nothwendig voraussetzen.

52) S. die Ausführung zu den Noten 94 — 100. der vorigen und 1 — 6. dieser Centurie.

53) S. oben S. 165.

Digitized by Google

lich testiren will, ist an die nachbenannten besonderen Erfordernisse gebunden, mündliche Testamente der Eltern dagegen sind von aller Form frei! Durch die obigen Worte wird also blos eine nothwendige Voraussetzung der Anwendbarkeit des Privilegiums ausgedrückt; wer mündlich testiren will, ist an die gewöhnlichen Formen gebunden [54]).

2) Nach einer anderen Meinung soll das Testament, welches ein Notarius oder ein Dritter im Auftrag des Testirers aufgesetzt hat, ohne eigentliche Solennitäten gelten und zwar als test. nuncupativum (in scripturam redactum). Die wider diese höchst willkührliche Ansicht [55]) sprechenden Gründe sind die nämlichen, wie die gegen die erste vorgetragenen [56]).

3) Eine dritte Ansicht nimmt zwar kein test. nuncupativum privilegiatum an, hält es aber für hinreichend, daß der Testirer den von einem Anderen niedergeschriebenen Aufsatz auch nur unterschreibt [57]). Dafür wird Folgendes angeführt: zu der Zeit, als die Nov. 107.

54) S. *A.* Faber Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 4. Dec. XXXVI. Err. 9. *G. L.* Menke Diss. de testam. parent. int. liber. privilegiato jure civili sine scriptura invalido. Helmst. 1756. 4. u. in den Opuscul. Nr. XVIII. Schroeder diss. cit. §. 15. Euler l. l. Cap. II. oder §. 17—23.

55) Vertheidigt von *A.* Gail observ. pract. Lib. II. obs. 112. Nr. 12.

56) Faber Dec. 36. err. 3. Menke diss. cit. §. 15. Euler §. 55.

57) Strayk diss. cit. Cap. III. Nr. 35. sqq. Leyser meditt. ad Pand. Sp. 367. m. 4. Pufendorf obs. T. III. obs. V. §. 2.

Digitized by Google

erlassen wurde, habe der Testirer das Testament entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben und zugleich die Namen der Erben eigenhändig ausdrücken oder durch die Testamentszeugen niederschreiben lassen müssen [58]). Die Nov. 119. c. 9. aber erkläre es für hinreichend, wenn der Testirer auch nur unterschreibe [59]); dadurch sey denn die Vorschrift der Nov. 107., daß die Namen der Erben eigenhändig ausgedrückt werden müßten, implicite aufgehoben. — Dieser Meinung stehen aber folgende Gründe entgegen: einmal, daß die Besonderheiten des test. privil. par. inter liberos, woraus die Nothwendigkeit eines schriftlichen Aufsatzes hervorgeht, sich ja nicht blos auf eigenhändiges Niederschreiben der Namen einschränken, sodann aber würde hier die Regel zur Anwendung kommen müssen: jus speciale s. singulare derogat generali [60]), indem Justinians Vorschrift über dies Testament jedenfalls eine auf besonderen Gründen beruhende Neuerung war, folglich die Aufhebung einer älteren Regel, wenn auch von dieser etwas auf die besondere Bestimmung übertragen wurde, darauf ohne Einfluß ist [61]).

58) L. 27. 28. C. *de testament.*

59) auth. *Et non observato* C. *de test.* — Vergl. Bd. 34. d. Comment. S. 384. fg.

60) Thibaut civilist. Abhandl. Nr. VII. u. das. besonders S. 119. fg.

61) v. Bülow a. a. O. S. 196. fgg. Nr. 10. Fritz §. 29. Euler §. 42. u. Mueller §. 17. u. §. 19. a. E. — Die Lehr- u. Handbücher weichen sehr unter einander ab. Dafür, daß die bloße Unterschrift hinreichend sey, erklärt sich unter A. Hellfeld §. 1482. Dagegen aber der größte Theil unter den Neueren. Schwankend äußert sich *J. M.* Wernher lect. comment. p. 698. sqq. Von einer be-

Digitized by Google

Ehe übrigens zur Betrachtung der einzelnen im Gesetze bestimmten Erfordernisse des test. par. inter liberos übergegangen wird, sollen noch einige allgemeinere Punkte kürzlich erörtert werden.

Erstlich fragt es sich: ob der Testirer das Testament ganz schreiben muß, oder ob es genügt, wenn er nur das eigenhändig schreibt, was buchstäblich im Gesetz bestimmt ist? — Unter der Voraussetzung, daß nicht blos das Datum und die Namen der Kinder, sondern auch die Erbquoten und die im Testament erwähnten Gegenstände der Disposition eigenhändig geschrieben und bezeichnet werden müssen (worüber Näheres unten vorkommen wird), ist so ziemlich Alles, was den wesentlichen Theil einer letztwilligen Verfügung zu bilden pflegt, eigenhändig niederzuschreiben. Es fehlt daher der Meinung nicht an Vertheidigern, daß der Testirer das ganze Testament niederschreiben müsse [62]), und da eine Interpretation nach dem wahrscheinlichen Willen des Testirers auch bei juribus singularibus nicht ausgeschlossen ist, so darf wohl behauptet werden, daß der eigentlich dispositive Theil des Testaments (wohin namentlich auch Vormundschaftsernennungen und Enterbungen gehören, wenn man dergleichen Bestimmungen überhaupt hier für zulässig hält) eigenhän-

sonderen Meinung, die mit der hier berührten Frage wenigstens in einiger Verbindung steht, wird im Text zu der Note 66. die Rede seyn.

62) S. namentlich Thibaut Pand. §. 845. Nr. 2. A. Göschen Vorles. Bd. 5. S. 298. Nr. 2. Auch die unten, Note 66. anzuführenden Schriftsteller gehen davon aus, daß wenigstens in der Regel das ganze Testament eigenhändig geschrieben werden müsse.

Digitized by Google

dig ausgedrückt werden müsse[63]). Wenn es indessen dem Testirer gefällt, sein Testament mit allen Weitläuftigkeiten, Vor- und Schlußbemerkungen abzufassen, wie dies bei uns üblich ist und auch bei den Römern nicht ungewöhnlich war[64]), so ist in der That nicht abzusehen, warum dies nicht durch Andere geschrieben werden soll. Der Gesetzgeber will durch seine Vorschrift bewirken, daß der dispositive Theil des Testaments als der unzweifelhafte Wille des Testirers feststehen solle und glaubt dies am sichersten durch die Vorschrift zu erreichen, daß die dahin gehörigen Bestimmungen nebst dem Datum eigenhändig niederzuschreiben seyen. Hierüber hinauszugehen ist der Interpret um so weniger ermächtigt, als jene Vorschrift eine Vermehrung der gemeinrechtlichen Solennitäten enthält, folglich anzunehmen ist, der Gesetzgeber sey von diesen nur insoweit abgewichen, als das Gesetz dies buchstäblich bestimmt, oder der Zweck desselben es mit sich bringt[65]). — Nach einer bei den Neueren ziemlich gewöhnlichen Meinung sollen nicht blos die in dem Gesetz ausdrücklich genannten Punkte stets eigenhändig geschrieben werden, sondern der Testirer muß auch entweder das ganze Testament schreiben, oder doch unterschreiben[66]).

63) Dafür spricht sehr deutlich der Schlußsatz des Cap. 1. — „quoniam omnia in dispositione posita — scripserunt — — — ejus manus et lingua habet omnem virtutem (vim) chartae praebitam.“

64) S. die Beispiele bei Spangenberg Jur. Romani tabulae negotior. solenn. superstites. Cl. I.

65) Vergl. Fritz a. a. O. S. 58. Note c. Mueller diss. cit. §. 19. p. 30.

66) S. namentlich Hofacker princ. §. 1387. Guenther princ. §. 781. Nr. II. A. 1—4. Mackeldey Lehrbuch

Digitized by Google

So ausgedrückt läßt sich aber diese Theorie gewiß nicht rechtfertigen: wollte der Gesetzgeber wirklich, daß das Testament vollständig von dem Testator niedergeschrieben werde, so kann die bloße Unterschrift auch für den nicht wesentlichen Theil desselben keineswegs genügen, ist dagegen eine Unterschrift des Testirers erforderlich (s. hierüber die folgende Erörterung), so kann deren Mangel auch dadurch nicht ersetzt werden, daß das Testament selbst eigenhändig geschrieben ist. Auch hierbei liegt eine unzuläßige Anwendung des bei den nicht privilegirten Testamenten gewöhnlich angenommenen Unterschiedes zwischen einem selbstgeschriebenen Testamente (test. holographum) und dem von einem Anderen aufgesetzten zu Grunde [67]).

Zweitens fragt es sich: ob die Unterschrift des Testirers erforderlich sey? Die Ansichten der Juristen hierüber sind sehr getheilt [68]). Am natürlichsten ist es gewiß, auch wohl vom Gesetzgeber als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß, wenn ein Testirer eigenhändige Erklärungen im Testamente machen soll, er die Aechtheit dieser Erklärung durch seines Namens Unterschrift beglaubige. Indessen läßt sich dies immer nicht mit völ-

§. 648. Nr. 2. Hartitzsch Erbr. §. 403. Seuffert Lehrb. §. 531. Nr. 1—4.

67) Vergl. Bd. 34. d. Comment. S. 384. fg. — Ob übrigens der Unterschied überall begründet sey? ist noch streitig. S. v. Löhr im Arch. für civ. Pr. Bd. II. S. 190. fg. Nr. 5.

68) Sehr gewöhnlich verlangt man übrigens die eigenhändige Unterschrift. S. z. B. v. Bülow a. a. O. S. 194. Nr. 1. Schroeder diss. cit. §. 13. Hofacker princ. §. 1387. Nr. III. Schweppe röm. Privatr. §. 820. Nr. d. Vergl. auch noch die Note 66. angef. Schr. — Dagegen s. besonders: Euler diss. cit. §. 54. u. Fritz S. 57. §. 32. Note b.

Digitized by Google

liger Gewißheit annehmen: es wird weder durch den Ausdruck des Gesetzes darauf hingewiesen [69]), noch folgt es aus dem Zweck desselben, da auch ohne eigenhändige Unterschrift die Aechtheit der Handschrift vollkommen sicher constatirt werden kann [70]).

Drittens darf auch hier die Frage nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden: ob ein an sich unvollständiges Testament, das aber die äußern und innern Erfordernisse eines test. parentum inter liberos hat, als solches aufrecht erhalten werden könne? Man kann dabei zweierlei unterscheiden: Unvollständigkeit in Ansehung der Form und in Ansehung der Willenserklärung oder des Inhalts. Von beiden ist an anderen Stellen des Commentars bereits die Rede gewesen, sowohl im Allgemeinen

69) Dies behaupten zwar die Vertheidiger der bejahenden Ansicht, indem sie sich auf die Worte der Vulgate stützen: primo quidem ejus subscriptione tempus declaret, was sie so verstehen: vor Allem soll der Testirer bei seiner Unterschrift das Datum ausdrücken. Nun aber lauten die griech. Worte so: πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον; d. h. er soll zuvörderst das Datum des Testaments beischreiben. S. Euler u. Fritz an den angef. Stellen. Mueller diss. cit. §. 19. not. 38. Schneider Uebersetzung Bd. VII. S. 510. Note 3. Etwas anders wollte im Allgemeinen auch der Urheber der Vulgata nicht sagen; die Frage aber: ob hier von einem Unterschreiben oder von einem Voranschreiben des Datums die Rede ist, kann an dieser Stelle noch nicht erörtert werden.

70) Auch wird in der Auth. *Quod sine subscriptione procedit.* C. *de test.* das test. par. inter liberos ohne Unterschrift des Testirers für gültig erklärt, falls nur die in der Nov. bestimmten speziellen Erfordernisse beobachtet sind.

Digitized by Google

als in Beziehung auf privilegirte Testamente[71]). Machen wir von den dort angenommenen Grundsätzen eine Anwendung auf unsere Frage, versteht sich unter Berücksichtigung der hierüber sich findenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen, so ist die Antwort auf dieselbe leicht gefunden. — Angenommen also, es findet sich ein Concept, — ein schriftlicher Entwurf vor, von dem Testirer selbst niedergeschrieben und zwar alles das enthaltend, was die Nov. zum Rechtsbestand eines test. par. inter liberos erfordert, allein der Disponent beabsichtigte noch irgend eine Förmlichkeit, z. B. die Zuziehung eines Notars, oder er wollte überall keine privilegirt letztwillige Verfügung errichten, sondern in der gemeinrechtlichen Form testiren. Ferner, er beabsichtigte noch andere Anordnungen zu treffen, die einen wesentlichen Theil des Testaments bilden (z. B. die Ernennung von Miterben), hat dies aber nicht ausgeführt, ohne daß angenommen werden darf, es sey von ihm aufgegeben. In beiden Fällen kann die Disposition zwar als eigentliches Testament nicht bestehen[72]), möglicherweise kann sie aber die Wirkung einer divisio parentum inter liberos haben. Dies ist nämlich in den Constitutionen von Constantin und Theodos anerkannt[73]) und dem Grundsatze nach auch durch Justinians gesetzliche Bestimmung nicht aufgehoben. Nur wird alsdann die Form beobachtet seyn müssen, welche der Kaiser für solche Vertheilungen vor-

71) Bd. 38. d. Comment. §. 1430. u. das. besonders S. 402 bis 445. (Nr. III.) u. in d. gegenwärtigen Bande §. 1476. Note 63. u. §. 1479. S. 136 — 140.

72) Was hierüber und über das unmittelbar Folgende noch zu bemerken ist, findet sich im Zusammenhange in der Note 74.

73) L. 26. C. *fam. erc.* L. 21. §. 3. C. *de test.* Vergl. die obige Ausführung hierüber S. 158 fg.

Digitized by Google

geschrieben hat[74]). — Uebrigens ist im Zweifel die Absicht des Disponenten nicht anzunehmen, daß er die An-

74) Die Erörterung der Streitfragen und die Würdigung der verschiedenen Meinungen über den Einfluß des Mangels einer vom Testirer beabsichtigten Form oder Verfügung wird dadurch sehr erschwert, daß hierbei der Unterschied zwischen einem Testament der Eltern und einer bloßen divisio parentum sehr gewöhnlich ganz unberücksichtigt bleibt, Viele auch von der Voraussetzung ausgehen, daß schon Constantin oder wohl gar ein früherer Kaiser ein privilegirtes Testament der Eltern eingeführt habe. — Anbelangend nun 1) die formellen Mängel, so muß vor Allem davon ausgegangen werden, daß eine Disposition, welcher es an der gesetzlich bestimmten Form fehlt, auch durch die Codizillarclausel nicht als privilegirte Verfügung der Eltern aufrecht erhalten werden kann; diese Clausel hat hier nur die Wirkung, daß die Verfügung wie ein gewöhnlicher Codizill gilt, wenn zwar an der gesetzlichen Form etwas fehlt, die für Codizille erforderliche aber beobachtet ist. — Wenn nun also die zu einer dispositio parentum inter liberos gesetzlich vorgeschriebene Form sich beobachtet findet, nicht aber die von dem Testirer beabsichtigte, so wird dennoch die vollständige Gültigkeit der Disposition von Manchen behauptet. So z. B. von *A.* Faber Err. Pragm. Dec. XXXVI. Err. 10. (s. übrigens die zu Anfang dieser Note vorgetragene Bemerkung) und von Wernher observ. for. P. V. obs. 248. Dagegen ist in diesem Commentar die regelmäßige Ungiltigkeit solcher Verfügungen behauptet (Bd. 38. S. 408—413. u. S. 138—140. dieses Bandes. S. auch ebendas. §. 1476. Note 63.) Die Regel beruht darauf: daß nach dem Willen des Testirers selbst die Verfügung nicht eher für vollständig existirend gehalten werden darf, bis die von ihm gewollte Form beobachtet ist, Harprecht diss. de test. rat. voluntatis imperf. §. 11.; den Modificationen dieser Regel aber

Digitized by Google

wendung nicht erforderlicher Solennitäten beabsichtigt habe. Findet sich daher eine erweislich ächte Scriptur, die das

liegen die bekannten Rechtssätze zu Grunde, daß im Zweifel allemal für den Rechtsbestand einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden, daher denn auch nicht anzunehmen sey, der Testirer habe den Rechtsbestand der Disposition unbedingt von einer an sich unnöthigen Form abhängig machen wollen. Hiernächst ist es denn a) für eine quaestio facti erklärt: welchen Einfluß die Codicillarclausel auf dergleichen Verfügungen haben könne; es komme dabei die Art und Weise in Betracht, wie der Testirer die Absicht einer förmlichen Vollziehung seiner Disposition ausgesprochen und wie er die Giltigkeitsclausel gefaßt habe (Bd. 38. S. 412—413. u. S. 138—139. dieses Bandes Nr. b.) Sodann: b) es bringe der favor testamentorum mit sich, daß die Giltigkeit der Verfügung alsdann auch ohne Hinzufügung der Giltigkeitsclausel anzunehmen sey, wenn der Testirer zwar eine förmlichere Vollziehung, als das Gesetz vorgeschrieben, gewollt, aber irrigerweise geglaubt habe, daß die von ihm beabsichtigte Form auch in gehöriger Weise beobachtet sey; denn hier treffe die gesetzliche Giltigkeit zusammen mit der Absicht des Testirers, welcher ja das, was er thun wollte, auch wirklich vorgenommen zu haben glaubt. (Hiernach ist denn das Bd. 38. S. 410. angeführte Beispiel etwas zu modifiziren). — Dies Alles ist nun auch auf die dispositiones parentum anwendbar, außer daß diese jedenfalls als divisio hereditatis besteht, wenn an der dafür vorgeschriebenen Form nichts fehlt. Vergl. Wernher in den oben angef. Observ. Und ein Gleiches gilt denn auch 2) für die Fälle, wo die Willenserklärung rücksichtlich des Inhalts unvollständig ist; d. h. als eigentliches Testament wird die Verfügung nur erhalten, soferne sie nach gemeinrechtlichen Voraussetzungen würde bestehen können (s. darüber Bd. 38. d. Comment. S. 413—445. Nr. b.), wogegen sie als divisio parentum inter libe-

Digitized by Google

enthält, was das Gesetz verlangt, es mag bemerkt seyn, daß dieselbe als eigentliches Testament gelten solle oder nicht, so darf ihm diese Eigenschaft auch nicht streitig gemacht werden, und eben sowenig kommt darauf etwas an, wo und bei wem sie sich findet [75]).

Zu den Punkten, worüber sich in dem Gesetze besondere Bestimmungen nicht finden, gehört auch noch die Frage: ob der Rechtsbestand des test. parent. inter liberos von der Erbeinsetzung der Kinder abhänge? Indessen ist es angemessener, diese Frage mit einem der besonders bestimmten Erfordernisse in Verbindung zu setzen; wir können uns daher jetzt zu diesen wenden.

Ueber das erste Erforderniß, die Beifügung des Datums betreffend, äußert sich das Gesetz so: *βουλόμεθα* (d. i. decernimus), *εἴ τις γράμματα ἐπιστάμενος*

ros, jedoch unbeschadet des Pflichttheilsrechts der einzelnen Descendenten, bestehen kann. Die Distinctionen, welche man hier wohl zu machen pflegt: ob nämlich die Verfügung nur unvollständig ist in Ansehung des Gegenstandes oder der Subjecte, ob die Unvollständigkeit sich auf Erbeinsetzung oder Vermächtnißanordnungen bezieht, ob Descendenten oder extranei unberücksichtigt geblieben sind (Donellus ad L. 21. §. 3. C. *de testam.* Nr. 2. 3. p. m. 371. Vgl. Struk in cautel. test. c. X. §. 13. und Euler diss. cit. §. 9.), sind theils nicht nöthig, theils führen sie zu unrichtigen Resultaten. Vorausgesetzt wird aber dabei immer werden müssen, daß die Disposition als divisio parentum auch ihrem Inhalte nach gelten kann. S. hierüber die weiter unten folgende Bemerkung zu Note 12. u. §. 1483.

75) *F. G.* Zoller diss. de dispositione paterna inter liberos, quae post obitum ejus ab uno ex filiis profertur, valida. Lips. 1748. — Vergl. Struk diss. cit. c. III. nr. 57. Euler l. l. §. 56.

Digitized by Google

μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν: πρῶτον μὲν αὐτῆς[76]) προγραφειν τὸν χρόνον.

Dies Erforderniß hat man denn auch von jeher als ein in dem dispositiven Theil des Gesetzes enthaltenes oder befehlsweise vorgeschriebenes angesehen. Indessen behauptete Heraldus, daß der griechische Originaltext nur sage: wenn die Eltern das Datum beifügen wollten, so sollten sie dies eigenhändig thun; er glaubt also, daß die versio vulgata, welche allerdings die gewöhnliche Ansicht begünstigt, unrichtig übersetzt habe[76a]). Ihm pflichtete Pufendorf bei[77]) und gestützt auf diesen führte Höpfner diesen Fall als Beispiel einer Abweichung der Vulgata von dem Urtexte an[78]). Wäre dies gegründet, so würde hier die bekannte Streitfrage in Betracht kommen: ob im Fall eines Widerstreits die versio vulgata oder der griech. Text vorzuziehen sey? Allein schon Schulting erklärte sich gegen die Meinung von Heraldus[79]),

76) Diese (Haloandrinische) Lesart ist offenbar der gewöhnlichen αὐτοῖς vorzuziehen, da dies Wort nicht füglich auf παισὶ gehen kann, sondern dabei hinzugedacht werden muß: διατυπώσεως. S. Andreä im Archiv für civilist. Praxis Bd. IV. Nr. 23. S. 381. Also (nach der richtigen Uebersetzung von Schneider), der Testator soll zuerst in ihr (der Verfügung) das Datum schreiben; Bd. VII. d. deutschen Corp. jur. S. 510. u. dazu die Note 3.

76a) *Desid.* Heraldus in observ. et mund. c. 50.; bei Otto thesaur. T. II. p. 1385. sq.

77) Obs. jur. univ. T. III. obs. 5. §. 1.

78) Commentar. §. 11. 12. S. 19. Nr. 5. (d. 8. Aufl.) Vergl. auch das. §. 460.

79) In der jurisprud. antejustin. pag. 801. Note 4. Ihm stimmte bei: Guenther princ. §. 781. not. h.

Digitized by Google

und sehr ausführlich ist dieselbe von Euler und Andreä[80]) widerlegt. In der That findet man bei unbefangener Prüfung des Satzes auch gar leicht, daß die Uebersetzung mit dem Original im Wesentlichen völlig übereinstimmt, die Interpretation von Heraldus dagegen im hohen Grade gezwungen ist, ja nach ihr es dem Satz an allem periodischem Zusammenhange fehlen würde[81]). Auch der Epitomator Julianus bestätigt die gewöhnliche Ansicht[82]), welche überdieß noch durch innere Gründe unterstützt wird. Denn auf der einen Seite kann hier, wo alle Form auf der Schrift beruht, die Beifügung des Datums als Merkmal der ernstlich gemeinten und vollendeten Willenserklärung benutzt werden[83]), auf der anderen Seite wäre aber die Bestimmung: die Hinzufügung des Datums könne unterbleiben, erfolge sie aber, so müsse sie vom Testirer selbst geschehen, im höchsten Grade seltsam, wenn man nämlich annimmt (und dafür sprechen wenigstens sehr überwiegende Gründe), daß nicht gerade das ganze Testament vom Testirer geschrieben seyn müsse[84]).

80) Euler Diss. cit. §. 40. 41. Andreä in dem angef. Aufsatz (Arch. für civ. Pr. Bd. II. Nr. 25.). Ihnen folgen denn auch von spätern Schriftstellern fast alle, welche sich überhaupt hierüber erklärt haben, z. B. Fritz a. a. O. §. 28. Müller diss. cit. §. 16. und die Lehrbücher von Wening §. 482. zur Note p. und Haimberger Röm. Privatr. §. 353. Note o. — Nur Thibaut scheint zu zweifeln, Pand. §. 845. Note f.

81) S. darüber Euler §. 41. u. Andreä a. a. O. S. 377.

82) In der Epitome Novellar. c. 100. heißt es: „Si quis — — voluerit, *inprimis tempus conscribat.*"

83) Vergl. Euler diss. cit. §. 38.

84) Euler §. 40.

Digitized by Google

In Beziehung auf dies erste Erforderniß giebt es nun aber noch andere streitige Puncte zu erwägen. Zuvörderst fragt es sich, ob das Datum der Verfügung voran stehen muß, oder ob es, wie dies gemeinhin bei allen Scripturen geschieht, unter derselben zu setzen ist? Für letzteres kann man sich auf die versio vulgata berufen, welche das Erforderniß so ausdrückt: primum quidem — *subscriptione* tempus declaret; das primum quidem würde hiernach nicht auf die Stellung oder die Folge der Sätze gehen, sondern es wäre bei Aufzählung der verschiedenen Erfordernisse nur die Unterschrift zuerst in dem Gesetze genannt. Uebereinstimmend hiemit, oder doch wenigstens nicht abweichend ist die Haloandersche Lesart γράφειν. Freilich aber wird die gangbare (Scrimgersche) Lesart προγράφειν auch durch Athanasius und Harmenopulus unterstützt[85]), die regelmäßige Bedeutung dieses Wortes aber ist: voraus oder vorher schreiben[86]) (praescribere). Erwägt man indessen, daß das Wort auch wohl in unbestimmter Bedeutung, also überhaupt für niederschreiben genommen wird[87]), so fehlt es der gangbaren Darstellungsweise,

85) Athanasius in Anekdotis ed. *Heimbach* Tit. IX. const. 8. p. 103. — Harmenopulus hat den Satz buchstäblich aus der Novelle entlehnt: Manuale legum ed. *Otto. Guil.* Reitz Lib. V. Tit. 1. §. 45. in *Meerm.* thesaur. Suppl. p. 274.

86) S. Schneider's Handwörterbuch der griech. Sprache, ausgearb. von Passows s. v. προγράφω.

87) *Henr.* Stephani thes. ling. graec. v. γράφω. (Vgl. die Note 89. a. E.) Aehnlich wird in unseren Quellen auch der Ausdruck praescribere gebraucht, wenn anders recht gelesen wird; s. Dirksen Manuale v. praescribere

Digitized by Google

wonach nur überhaupt die Beifügung des Datums verlangt, im Uebrigen aber es unbestimmt gelassen (mithin für gleichgiltig erklärt) wird, wo dasselbe stehen müsse[88]), — gewiß nicht an Gründen[89]).

Daß der Testirer das Datum mit eigner Handschrift schreibe ist zwar mit Bestimmtheit nicht gesagt, indessen führt die Art und Weise, wie die beiden zuerst genannten Erfordernisse besondets im griech. Texte mit einander verbunden sind:

§. 1. — Vergl. auch Andreä a. a. O. S. 381. fg. Note 32., wo die Vermuthung aufgestellt ist, daß die gewöhnliche Lesart vielleicht durch ein Versehen aus dem πρῶτον γράφειν entstanden sey.

88) Nur sehr wenige Schriftsteller heben hervor, daß nach dem Original das Datum voranstehen müsse; so: Wernher lectiss. comment. p. 697. Mackeldey Lehrb. §. 648. Nr. 2. Schweppe Röm. Privatr. Bd. V. §. 820. S. 126. Nr. b. (der Ausg. von Mejer). Haimberger Röm. Privatr. §. 353. Nr. 1.

89) Zu beachten ist auch die Bemerkung von Göschen (Vorles. Bd. V. S. 300. Nr. 2.): in dem Original der Novelle heiße es wohl nur deshalb, die Zeit der Abfassung solle vorangeschrieben werden, weil es bei testamentarischen Urkunden gewöhnlich war, die Bezeichnung der Zeit oben an zu setzen; dieser Punkt könne also als etwas Wesentliches nicht angesehen werden. Auf ähnliche Art äußert sich Schröder diss. cit. §. 11. — Uebrigens erhält die Annahme, daß hier das Wort προγράφειν für γράφειν stehe, oder auch γράφειν gelesen werden müsse (s. Note 87), noch eine erhebliche Unterstützung dadurch, daß es auch auf die übrigen Erfordernisse bezogen werden muß — auf den Ausdruck der Namen der Kinder u. s. w. Eins kann aber doch nur voranstehen!

Digitized by Google

πρῶτον μὲν — προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκεία χειρί

mit ziemlicher Bestimmtheit auf dies Resultat, indem das προγράφειν oder χράφειν nothwendig auch auf das Schreiben der Namen zu beziehen ist, mithin beide Sätze in folgender Verbindung stehen: es soll der Testirer erstlich das Datum, sodann die Namen der Kinder eigenhändig schreiben [90]). Unterstützt wird dies auch dadurch, daß überall in dem Gesetz auf eigenhändige Schrift großes Gewicht gelegt wird und darum von der Voraussetzung ausgegangen werden darf, daß alle und jede Puncte, welche nach der gesetzlichen Bestimmung nothwendig in dem Testament ausgedrückt werden müssen, auch vom Testirer selbst niederzuschreiben sind. Dagegen ist die Meinung nicht zu billigen, wonach auch die folgende Bestimmung: es sollten die Erbtheile nicht mit Zahlzeichen, sondern durch Buchstaben ausgedrückt werden, auch auf das Datum zu beziehen ist. Zwar ist die Ansicht des Verfassers der Authentike zu L. 21. C. *de testam.* gewesen, welche so lautet: „Quod sine subscriptione ita procedit, si parens — manu propria, non signis, sed litterarum consequentia declaret et tempus; et liberorum nomina" u. s. w. [91]). Indessen müßte der Gesetzgeber alsdann auch gesagt haben: die Namen der Kinder sollten nicht mit Zahlzeichen ausgedrückt werden; da dies aber ohne offenbare Absurdität nicht angenommen werden kann, so geht hieraus wohl mit Bestimmtheit hervor, daß das Erforderniß der buchstäblichen Bezeichnung sich lediglich auf die Erbtheile bezieht [92]). Es ist daher für

90) Euler f. 39. p. 40. a. E. u. p. 41. zu Anfang.

91) S. auch Hänel dissensiones dominor. p. 183.

Digitized by Google

gleichgiltig zu halten, ob das Datum durch Zahlen oder durch Buchstaben ausgedrückt wird, ja auch eine andere Bezeichnung, woraus mit Bestimmtheit der Tag erhellt, an welchem die Verfügung vollzogen ist (z. B. geschrieben an meinem sechzigsten Geburtstage) muß für genügend gehalten werden, da das Gesetz nur erfordert, daß die Zeit angegeben werde [93]).

Was das zweite Erforderniß anbetrifft, — die eigenhändige Anführung der Namen der Kinder, so ist die hauptsächlichste Streitfrage über diesen Punct: ob dies nicht implicite durch Nov. 119. c. 9. aufgehoben sey? bereits oben (S. 180. nr. 3.) erörtert. Hier ist daher nur noch zu untersuchen: ob es nicht für hinreichend zu achten sey, wenn Statt der Benennung eine anderweite Bezeichnung der Kinder erfolgt? Die dies bejahen [94]), berufen sich auf den bekannten Rechtssatz: „nomina significandorum hominum gratia reperta sunt; qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest [95]). Die verneinende Meinung dagegen stützt sich darauf, daß der Kaiser ausdrücklich die Anführung der Namen vorgeschrieben habe und es mit der Anwendung singulärer Rechtsbestimmungen möglichst genau zu nehmen sey [96]). Die Wahr-

92) Hofacker princ. §. 1387. Nr. III. a. E. Euler l. l. p. 41. sq. Fritz a. a. O. S. 52. Müller diss. cit. §. 16. a. E.

93) Euler §. 39. zu Anfang.

94) Pufendorf obs. T. III. obs. 5. §. 1. Hofacker princip. §. 1387. Nr. II. 2. Euler diss. cit. §. 44.

95) §. 29. in f. I. *de leg.* L. 34. pr. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.)

96) *C. U.* Gruppen discept. fur. C. III. §. 4—8. Fritz a. a. O. S. 54.

Digitized by Google

heit dürfte hier wohl in der Mitte liegen. Auch bei der Auslegung singulärer Gesetze darf die Rücksicht auf den Zusammenhang der einzelnen Sätze und auf den gesetzlichen Zweck nicht ausser Acht gelassen werden. Justinian will, daß durch einen möglichst bestimmten Ausdruck allen Zweifeln über den Inhalt der Willenserklärung vorgebeugt werde, und bei der hier zur Frage stehenden Vorschrift hatte er offenbar den Fall vor Augen, wenn der Testirer mehrere Kinder hat und für jeden besondere Erbtheile aussetzt, wie dies aus der Bestimmung über den Ausdruck der Erbtheile sich ergiebt. Angenommen nun, daß die Erbtheile ungleich bestimmt, oder dem einen oder anderen Kinde Vorvermächtnisse ausgesetzt, oder sonst besondere Bestimmungen für die einzelnen Descendenten getroffen werden, so kann eine bloße Bezeichnung Statt der Namen, leicht Zweifel erregen. In Fällen dieser Art würde also das Gesetz buchstäblich anzuwenden seyn. Wenn aber die Gewißheit des Willens durch den Ausdruck nicht im Geringsten gefährdet ist, so darf der Grundsatz: eine deutliche Bezeichnung ist dem Namen gleich, allerdings angewandt werden. Ausser allem Zweifel ist dies in dem Fall, wenn der Testirer nur ein einziges Kind hat und dasselbe zum Erben einsetzt, ohne es durch seine Eigennamen zu bezeichnen. — Bekanntlich erforderte das Notherbenrecht, daß ein Sohn namentlich zum Erben eingesetzt oder enterbt wurde; hatte aber der Testirer nur einen Sohn, so genügte es, wenn er sagte: filium heredem instituo, oder: filius exheres esto [97]). Erblickten nun die römischen Juristen, welche es mit der Anwendung der Regeln des Notherbenrechts

97) *Gaji* inst. II. §. 123. 127. vergl. mit Pr. u. §. 1. I. *de exher. liberor.*

Digitized by Google

so strenge nahmen, hierin eine namentliche Einsetzung oder Enterbung, so darf gewiß ein Gleiches bei der Anwendung unseres Gesetzes angenommen werden. — Ferner ist eine Bezeichnung durch Namen für unnöthig zu halten, wenn der Testirer seine sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen (also auch, wenn er sie ohne alle Theilbestimmung) einsetzt, oder auch, wenn er einen Sohn und eine Tochter hat und diese zu verschiedenen Theilen einsetzt, ohne sie bei ihren Eigennamen zu nennen, z. B. meinen Sohn setze ich auf $\frac{2}{3}$, meine Tochter auf $\frac{1}{3}$ zu Erben meines Vermögens ein. — Bedenklicher aber erscheint die Zulassung einer solchen Einsetzung in allen anderen Fällen, z. B. durch Bezeichnung der Kinder als ältester, oder jüngster, oder als erstgebornes, zweit — drittgebornes u. s. w. Es können hierbei doch möglicherweise Versehen mit unterlaufen, welche durch die Nennung von Namen am leichtesten vermieden werden. Genug, die zweifellose Sicherheit und Bestimmtheit, wie sie Justinian bezweckt, ist nur in den obigen Fällen ohne spezielle Bezeichnung der Descendenten durch ihre Eigennamen zu bewirken; in allen übrigen würde daher die gesetzliche Bestimmung buchstäblich zur Anwendung zu bringen seyn.

Ein drittes Erforderniß besteht darin, daß der Testirer die Erbquoten ebenfalls eigenhändig und zwar durch Buchstaben nicht durch Zahlen ausdrücke. — Daß in einem Testamente keine notae, d. s. gewisse Zeichen, welche ganze Worte ausdrückten, gebraucht, sondern Alles mit Buchstaben geschrieben seyn müsse, stand längst fest[98]). Hier ist nun noch ausdrücklich bestimmt,

98) L. 6. §. 2. D. *de B. P.* (XXXVII. 1.) Vergl. Bd. 34. d. Comment. §. 1415. S. 400. fg.

Digitized by Google

daß zur Bezeichnung der Erbtheile keine Zahlzeichen angewandt werden durften; denn daß dies gemeint sey und der Gesetzgeber nicht blos die bereits feststehende Unzulässigkeit des Gebrauchs von notae vor Augen hatte[99]), ergiebt der buchstäbliche Wortsinn: σύμβολα τῶν ἀριθμῶν kann nur durch signa numerorum oder Zahlzeichen übersetzt werden[100]). Sehr sonderbar ist übrigens die bisweilen geäusserte Meinung, daß Justinians Bestimmung h. z. T. darum keine Anwendung leide, weil er an die jetzt üblichen Zahlzeichen dabei nicht habe denken können! Der Wille des Gesetzgebers ist hier klar genug ausgedrückt: es sollen die Quoten vollständig mit Buchstaben ausgeschrieben, nicht durch bloße Zahlen bezeichnet werden; welche Zeichen für Zahlen zu der einen oder anderen Zeit üblich sind, muß an sich als etwas sehr gleichgiltiges betrachtet werden, wenn von der Anwendung solcher Gesetze die Rede ist[1]). — Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß nicht die Nothwendigkeit der Bestimmung von Erbtheilen in dem Gesetz vorgeschrieben ist, sondern der Gesetzgeber nur von der Voraussetzung ausgeht, daß der Testirer seine Kinder auf Quoten einsetzt, mithin nur sagt: wenn er Theile bestimmt, so muß er diese buchstäblich ausdrücken[2]).

99) Höpfner Comment. §. 460. Note 3.

100) Euler diss. cit. §. 47.

1) Vergl. hierüber, sowie über die ganze Streitfrage: Köchy Meditationen über interessante Gegenstände des Civilrechts. Bd. I. Nr. X. Euler diss. cit. §. 45—48. Fritz a. a. O. §. 30. Müller §. 18.

2) Fritz a. a. O. S. 54. §. 30. zu Anfang. — Darauf weist auch der gesetzliche Ausdruck πρὸς τοὺς οὐγκιασμοὺς hin; οὐγκιασμὸς ist nämlich die übliche Vertheilungs-

Digitized by Google

Im Zusammenhang mit diesem Erforderniß steht die unmittelbar darauf folgende Bestimmung: daß auch eine etwaige Theilung besonderer Vermögensobjecte oder die Einsetzung auf bestimmte Sachen eigenhändig und so bestimmt ausgedrückt werden soll, daß aller Veranlassung zu Zwistigkeiten dadurch vorgebeugt werde. Es kann also mit der Einsetzung der Descendenten nicht nur eine besondere Erbtheilung (ohne Zweifel also auch die Anordnung von Vermächtnissen) verbunden werden, sondern die Einsetzung auch auf bestimmte Sachen erfolgen, welche dann die gewöhnliche Wirkung einer heredis institutio in certas res hat [3]).

Hieraus schon ergiebt sich übrigens, daß es keineswegs nöthig ist, die Kinder zu gleichen Theilen einzusetzen, wie gleichwohl bisweilen behauptet wird [4]). Der Gesetzgeber bezweckt eine vollständige Gewißheit der Willenserklärung, nicht aber will er die Willkühr des Testirers in Beziehung auf die Größenbestimmung der Erbtheile beschränken, oder die gemeinrechtliche Regel beschränken, daß es Jedem frei stehe, den einzelnen Erben verschiedene Erbquoten zuzuweisen [5]), — versteht sich, soweit dies überhaupt die Rechte gestatten. Es ist hier die Rede von einer letztwilligen Verfügung in Beziehung auf Descendenten, welche ohne die Disposition ab inte-

art nach Unzien. Reitz in glossario Theophilius h. v. Andreä a. a. O. S. 382. Not. 35.

3) S. hierüber L. 13. C. *de hered instit.* (VI. 24.) und die Erklärung dieser Stelle Bd. 40. §. 1441. S. 169—178. Vergl. auch Euler l. l. p. 72.

4) S. dagegen Quistorp Beitr. zur Erläut. versch. Rechtsmater. St. II. Nr. IV. u. Euler 65. 66.

5) §. 6. I. *de hered. inst.*

Digitized by Google

stato geerbt haben würden, mithin von Notherben. Das Recht der Notherben darf natürlich auch in einem test. parent. inter liberos nicht verletzt werden. In welchem Falle aber eine derartige Verletzung anzunehmen sey, und welche Rechtsmittel dem Verletzten alsdann zu Gebote stehen? ist nach den dafür sonst geltenden Grundsätzen zu entscheiden; die Besonderheiten des test. par. inter liberos haben hierauf keinen Einfluß. Nichtsdestoweniger pflegen die Rechtslehrer, welche über dies Testament geschrieben haben, hierbei solche Fragen einzumischen, welche ganz der Theorie des Notherbenrechts angehören, — z. B. ob die Giltigkeit des Testaments von der Einsetzung in den Pflichttheil abhänge, in welchen Fällen das Testament impugnirt, oder nur auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden könne, u. dgl. m. Dies Alles kann hier, als unserem eigentlichen Gegenstande fremd, mit Stillschweigen übergangen werden[6]).

Nur eine Frage erfordert an dieser Stelle noch eine besondere Berücksichtigung: ist überhaupt die Einsetzung der Descendenten eine wesentliche Bedingung der Giltigkeit und Wirksamkeit eines test. parent. inter liberos? Meistens wird dies als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, indem man sich auf die Bemerkung beschränkt: der Testirer müsse die Erbtheile der Kinder eigenhändig niederschreiben. Von Anderen wird die Frage entweder bejaht oder verneint. Die Vertheidiger der bejahenden Meinung gehen davon aus, daß Erbeinsetzung wesentliches Erforderniß eines jeden Testaments sey[7]), die Gegner halten sie für unnöthig, weil dieselbe

6) Vergl. hierüber Euler in der angef. Diss. §. 64. 66. 67.

7) Euler l. l. §. 64.

Digitized by Google

nicht ausdrücklich in Justinians Gesetz vorgeschrieben ist, sie sind daher der Meinung, daß die bloße Nennung der Kinder hier die Wirkung einer Erbeinsetzung habe[8]). — Unter der Voraussetzung nun, daß eine solche Verfügung überhaupt als eigentliches Testament zu betrachten ist, muß man, damit es als solches gelte, die Erbeinsetzung ohne Zweifel für ein nothwendiges Erforderniß halten. Was in dieser Hinsicht überhaupt Rechtens ist, und was insbesondere das Notherbenrecht erfordert, ist auch hier zu beobachten[9]), und ausserdem geht aus dem Zweck des Gesetzes, ja aus dem buchstäblichen Inhalt desselben hervor, daß der Name des Erben in dem Testament selbst ausgedrückt seyn muß[10]). — Fehlt es nun an diesem Erforderniß, so kann die Verfügung auch selbst nicht durch Hinzufügung der Codicillarclausel die Kraft eines eigentlichen Testaments erhalten, da Notherbenrechte kein Gegenstand einer Codicillardisposition seyn können[11]). —

8) S. Hommel rhapsod. quaest. obs. 354. — Doch verwechselt dieser Schriftsteller offenbar das testamentum und die divisio parentum inter liberos mit einander.

9) Ueber die allgemeine Erfordernisse s. man Bd. 40. d. Comment. S. 232. fg. Ueber die in dieser Hinsicht dem Notherben und besonders dem filius suus zustehenden Rechte: Bd. 36. d. Comment. S. 300. S. 349 — 390. Bd. 37. S. 213 — 222. Bd. 41. S. 158 — 184. — Vergl. auch Gail obsev. for. Lib. II. obs. 112. Nr. 12.

10) Eine s. g. mystische Erbeinsetzung, d. i. die Beziehung auf eine Schrift, worin sich der Name des Erben ausgedrückt findet (s. Bd. 40. §. 1443. S. 205.) hat mithin hier nicht Statt.

11) arg. C. 2. D. *de leg.* 3. L. 2. §. 4. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.) Nov. 115. c. 3. pr. — S. Bd. 36. d. Comment. S. 351. Bd. 37. S. 213. u. vgl. meine Pand. Bd. 3. §. 785. Note 4. d. 3. Aufl.

Digitized by Google

Aber kann sie nicht in anderer Art aufrecht erhalten werden? Unstreitig als divisio parentum inter liberos, wozu indessen nicht blos gehört, daß die dafür vorgeschriebene Form beobachtet sey, sondern auch, daß sie ihrem Inhalte nach als solche bestehen könne. Daß ein eigentliches Testament beabsichtigt wurde, oder daß die Verfügung ihrem materiellen Inhalte nach eine Verletzung der Notherbenrechte enthält, steht ihrer Aufrechterhaltung als bloßer Erbtheilung an sich nicht entgegen. Nur darf dies Resultat durch die Erklärung des Testirers nicht geradezu ausgeschlossen seyn, wie z. B. wenn ein Vater, welcher 4 Kinder (A. B. C. u. D.) hat, so verfügen wollte: ich setze meine beiden ältesten Söhne A. B. zu alleinigen Erben meines Vermögens ein; in diesem Fall kann die Disposition überall nicht bestehen, auch nicht als divisio parentum inter liberos, da nicht etwa nur die Vermögensgegenstände unter einige Notherben mit Hintansetzung der übrigen vertheilt, sondern die unberücksichtigt Gebliebenen auf widerrechtliche Art ausgeschlossen sind [12]).

Alles nun, was nach dem Obigen der Giltigkeit eines testamentum parentum inter liberos festgestellt ist, muß sich in der Verfügung beobachtet finden, soll dieselbe anders als wirkliches Testament gelten [13]), und es ist im höchsten Grad willkührlich, wenn manche Rechtslehrer behaupten, daß die in der Nov. 107. c. 1. bestimmten Formen nur der Gewißheit wegen, keineswegs

12) Vergl. oben Note 74. dieses §. a. E., so wie auch den folg. §.

13) Quistorp in den angef. Beitr. St. 2. S. 83. fg. v. Bülow a. a. O. S. 195. Andreä im Archiv für civilist. Praxis Bd. IV. S. 371. Note 5.

Digitized by Google

aber als Solennitäten vorgeschrieben seyen, mithin der letzte Wille, wenn fast die Wahrheit desselben nicht bestritten wird, wegen einer bloßen Nichtbeobachtung jener Form nicht als ein unvollkommener zu betrachten sey[13a]).

Wenden wir uns nun von den Erfordernissen

II. zu der Erörterung über die Wirkung oder rechtliche Bedeutung, welche eine Verfügung hat, bei der die obigen Erfordernisse beobachtet sind, so ist der Hauptpunkt, um den sich hier Alles dreht, die Frage: gilt die privilegirte Disposition als ein wahres Testament, oder als bloße Disposition unter den Intestaterben — codicillus ab intestato? Nimmt man Ersteres an, so haben die instituirten Kinder die Qualität eigentlicher heredes testamentarii, oder s. g. directer Testamentserben, auch muß alsdann dem Testirer die Befugniß zugestanden werden, einzelne Descendenten in einem solchen Testamente durch Enterbung auszuschließen, und Kraft väterlicher Gewalt seinen Kindern Tutoren zu ernennen[14]). — Daß nun eine solche Disposition als wahres Testament zu betrachten sey, ist von jeher die herrschende Meinung gewesen und sie darf auch für die richtige gehalten werden. Doch hat es der entgegengesetzten nie an scharfsinnigen Vertheidigern gefehlt, von denen

13a) Diese Ansicht vertheidigt auch Weber zu Höpfner §. 460. Note 6. a. E. und in den Erläuterungen zu Hellfeld §. 1482. S. dagegen Andreä a. a. O.

14) Freilich ist das Enterbungsrecht und selbst das Recht Vormundschaften anzuordnen nicht von allen und jeden Anhängern dieser Meinung anerkannt; wir werden darauf unten wieder zurückkommen.

Digitized by Google

hier nur aus der früheren Zeit A. Faber[15]), aus der neueren Fritz[16]) zu nennen sind. — Nach dieser Meinung nun sind die sämmtlichen zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Descendenten die eigentlichen Erben, die zu Erben eingesetzten aber nur Fideicommißnehmer, die in einer solchen Verfügung ausgesprochene Enterbung ist ohne Bedeutung, da sie mit der hier vorausgesetzten Intestatsuccession aller gesetzlichen Erben im Widerspruch stehen würde, und eben so wenig kommt eine in der Disposition liegende Verletzung des Pflichttheils weiter in Betracht, als daß dem Verletzten sein Pflichttheil gewährt werden muß[17]). Mit einer bloßen divisio parentum inter liberos dürfe aber dennoch diese Disposition nicht verwechselt werden, da die letztere eine Bestimmung über Erbquoten enthalte, die jeder aus der Erbschaft bekommen solle, die erstere aber eine bloße Vertheilung der Vermögensgegenstände[18]). Die Ansicht stützt man hauptsächlich darauf: Justinians Gesetzgebung über die dispositiones parentum inter liberos schließe sich auf das Genaueste an das frühere Recht über diesen Gegenstand an, müsse also, als correctorisches Recht, strict interpretirt werden. Nirgends aber sage Justinian, daß die seiner Vorschrift gemäß eingerichtete Verfügung die Bedeutung eines wahren Testaments haben solle, es gehe vielmehr aus der

15) Error. Pragm. Dec. XXXV. err. 3. Dec. XXXVI. err. 5.

16) a. a. O. §. 19. 20. §. 33—36.

17) Faber Dec. XXXVI. err. 5. zu Anfang. Fritz §. 34. S. 64. fg.

18) Faber Dec. 36. err. 5. in med. Fritz a. a. O. S. 41. u. S. 62. Note a.

Digitized by Google

praefatio hervor, daß er bloß die Bedingungen ihrer Erhaltung genauer reguliren wolle, seine gesetzliche Bestimmung sey also zunächst aus dem Gesichtspunkt einer Einschränkung des bisher für Eltern geltenden Rechts zu betrachten [19]).

Die Anschließung Justinians an das bisherige Recht darf allerdings nicht verkannt werden, allein eben so wenig, daß der Gesetzgeber über Unsicherheit und Zweifel, wozu dasselbe Veranlassung gegeben habe, klagt, und besonders, daß er in der Nov. 18. c. 7. sehr bestimmt erklärt: die Erbtheilung solle entweder im Testamente oder auf die von ihm bestimmte Art erfolgen, in der Nov. 107. aber zweimal der Erbtheilung erwähnt, zuerst in dem Cap. 1., worin er die Erfordernisse einer dispositio parentum, welche nicht bloße Erbtheilung seyn soll, festsetzt, und sodann in dem Cap. 3., welches von der bloßen Erbtheilung handelt. Dieser Zusammenhang der neuesten Vorschrift Justinians über die elterlichen Dispositionen mit seiner früheren ist unverkennbar, und da der Gesetzgeber in der Nov. 18. außer allem Zweifel bei dem Ausdruck Testament den Gegensatz zwischen eigentlichen Testamen-

19) *A.* Faber Dec. 35. err. 3. gegen das Ende. („Nam cum Justinianus non id egerit, ut testamentor. hujusm. imperfectorum favorem ampliaret, sed potius ut restringeret" u. s. w. In der Dec. 36. err. 5. bezieht er sich noch darauf, daß durch die Ueberschrift der Novelle 107: *de testamentis imperfectis* u. s. w. anerkannt werde, daß einer solchen Verfügung nicht die Wirkung eines eigentlichen oder vollständigen Testaments beigelegt werden könne. Dagegen wird aber wohl die Bemerkung schon genügen, daß jene Ueberschrift neueren Ursprungs, oder dem ursprünglichen Texte unbekannt ist). — Fritz a. a. O. §. 20.

Digitized by Google

ten und bloßen Erbtheilungen vor Augen hatte, so darf wohl angenommen werden, daß er auch in der neuesten Bestimmung davon nicht habe abweichen wollen. Sein Ideengang ist also folgender: Erbtheilungen können entweder in einem Testamente, oder in einer besonderen Scriptur erfolgen. Es sollen demnach zuvörderst die Bedingungen festgesetzt werden, unter welchen eine elterliche Disposition als Testament gelten kann, sodann aber die besonderen Erfordernisse bloßer Erbtheilungen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich außerdem aber auch noch aus folgenden Gründen: a) spricht der Kaiser in dem Cap. 1. von Erbeinsetzungen und selbst die Gegner erklären die Einsetzung der pflichttheilsberechtigten Descendenten für eine nothwendige Bedingung der Giltigkeit des s. g. testamentum imperfectum[20]). Wahre Erbeinsetzungen können aber bekanntlich nur in eigentlichen Testamenten erfolgen und wenn sie gleich auch auf indirectem Wege durch Codicillarverfügungen aufrecht erhalten werden, so ist doch schwerlich anzunehmen, daß der Gesetzgeber, welcher anordnet, wie die Erbeinsetzung erfolgen solle, dadurch nur die Bedingungen der Erhaltung einer solchen Verfügung als fideicommissarische Disposition habe festsetzen wollen. Wer Erben einsetzt, will sie zur s. g. directen Erbfolge berufen; der Kaiser nun bestimmt, wie diese Berufung in einer Disposition der Eltern geschehen müsse: nicht aber (wie früher Constantin), daß eine unvollständige Verfügung außerordentlicherweise ihrem materiellen Inhalte nach aufrecht erhalten werden solle. Daß eine bloße Vertheilung der Erbgegenstände sich immer noch von einer fideicommissarischen Zuwendung unterscheiden lasse, hat seine Richtigkeit.

20) So Fritz a. a. O. S. 65.

Digitized by Google

Daraus folgt aber keineswegs, daß der Gesetzgeber bei seiner ganz allgemein ausgedrückten Vorschrift über die Erfordernisse einer Erbeinsetzung nur diesen Gegensatz vor Augen gehabt habe. — b) In dem test. parentum inter liberos können auch Vermächtnisse für dritte Personen angeordnet werden. Zwar sind dabei Zeugen zuzuziehen, doch aber ohne alle und jede Erfordernisse sonstiger Codicillardispositionen zu beobachten. Auch hieraus geht hervor, daß Justinian die vorschriftsmäßig eingerichtete Verfügung als wahres Testament betrachtete, indem sonst die Einmischung dritter Personen ohne Beobachtung der für Vermächtnißzuwendungen erforderlichen Form schlechthin für unzuläßig hätte erklärt werden müssen, wie dies ja auch in der Constitution von Theodos II. ausdrücklich bestimmt ist [21]). — c) Nach Cap. 3. der Nov. 107. soll eine solche dispositio parentum nur durch ein folgendes förmliches Testament wieder aufgehoben werden können. Man kann daher allerdings sagen: in Ansehung der vis derogatoria hat ein test. parent. inter liberos nicht die gewöhnliche Wirkung. Allein daraus darf man doch nicht schließen: also ist es überhaupt kein eigentliches oder vollgiltiges Testament [22]). Vielmehr ergiebt sich aus dieser Bestimmung ein nicht unerhebliches Argument für unsere Ansicht, indem Codicillardispositionen aller Art durch einen neuen Codicill, ja durch bloßen Widerruf würde aufgehoben werden können [23]). Daß ein singuläres Recht gewissen Beschränkungen unterworfen wird, ist leicht zu erklären; nicht aber

21) L. 21. §. 3. C. *de testament.*

22) Wie Fritz annimmt S. 38. fg. Nr. 3.

23) Pr. J. *de ad caut. et translat. legator.* L. 27. C. *de fideic.* (VI. 42.)

Digitized by Google

auch, daß den Eltern eine gemeinrechtlich jedem Testirer zustehende Befugniß entzogen seyn soll, wie angenommen werden müßte, wenn eine Verfügung, welche nur als Intestatcodizill gelten soll, nicht anders als durch ein feierliches Testament aufgehoben werden könnte.

Wenn nur hiernach die Verfügung, deren Erfordernisse das Cap. 1. bestimmt, für ein eigentliches Testament zu halten ist[24]), so wird damit nicht geläugnet, daß nicht auch die Anordnung fideicommissarischer Verfügungen für Descendenten in derselben möglich ist; nur ist allemal dazu erforderlich, daß sämmtliche (nicht gehörig ausgeschlossene) pflichttheilsberechtigte Descendenten eingesetzt werden, in welchem Falle denn einzelne derselben zum Besten anderer mit einem Fideicommiß belastet werden können, sofern das Notherbenrecht dies überhaupt gestattet.

Streitig ist jedoch noch unter denen, welche der richtigen Meinung zugethan sind, ob ein Vater seinen Kindern in einem solchen Testament Vormünder ernennen könne? besonders aber: ob in dem test. par. inter liberos Enterbungen möglich seyen? Gegen die erstere Befugniß führt

24) Als Vertheidiger dieser Ansicht sind hauptsächlich zu nennen: Vinnius sel. jur. quaest. Lib. II. c. 17. Frankenfeld diss. cit. §. 16. v. Bülow a. a. O. S. 189. fg. Euler l. l. §. 12—15. — Beistimmend äußert sich auch Müller diss. cit. §. 9. — Meistens setzt man die Richtigkeit dieser Ansicht als sich von selbst verstehend voraus und streitet nur über einzelne Folgesätze, z. B. ob in einem solchen Testamente eine Enterbung erfolgen könne. — Höpfner im Comment. §. 460. Not. 1. u. v. Wening Lehrb. (Ausg. von Fritz) Buch V. §. 126. bemerken blos, daß die Sache bestritten sey, ohne sich für eine Meinung zu entscheiden.

Digitized by Google

man hauptsächlich an: daß Vormünder nur in einem vollständigen Testamente oder in bestätigten Codizillen ernannt werden dürften; das test. parent. inter liberos aber sey weder das eine noch das andere; überdem sey die Vormundschaftsernennung eine sich auch auf den Vormund selbst beziehende Anordnung, mithin jedenfalls das zu beobachten, was das Gesetz für den Fall der Einmischung einer persona extranea erfordere [25]). Allein daß zur tutoris datio nicht gerade ein unter den gewöhnlichen Solennitäten errichtetes Testament verstanden werden darf, sondern nur ein vollgiltiges, oder zu Recht beständiges, beweist das testamentum militare, worin Vormundschaftsanordnungen eben sowohl möglich sind, wie in einem feierlichen Testament [26]). Für ein vollgiltiges Testament müssen wir aber (nach der obigen Ausführung das testamentum parentum inter liberos halten, es erfordert also die Consequenz, alle Anordnungen in demselben zuzulassen, welche in jedem anderen Testamente möglich sind, soferne nicht besondere Einschränkungen nachgewiesen werden können, wie sie das Gesetz selbst allerdings für den Fall enthält, wenn Nichtdescendenten in einem solchen Testament honorirt werden. Diese Einschränkungen passen aber auf die Anordnung von Vormündern nicht, indem dieselbe als Verfügung zum Besten der Kinder selbst zu betrachten ist [27]).

Noch von mehreren Seiten wird die Zulässigkeit von Enterbungen in dem test. par. inter liberos bestrit-

25) Donellus ad L. 21. §. 3. C. *de test.* Nr. 5. p. m. 371. *Nic. de* Corberon Diss. de testam. patris inter liberos. (Argentor. 1707) p. 28. Struk diss. cit. cap. IV. §. 4—6.

26) arg. L. 28. L. 41. §. 2. D. *de test. milit.*

27) Euler diss. cit. §. 70.

Digitized by Google

ten[28]). Gegen dieselbe hat man sich besonders auf folgende Gründe berufen: Enterbungen seyen nicht zu begünstigen und singuläre Rechtsbestimmungen überdies strict zu interpretiren. Das Gesetz aber spreche nur von Einsetzung der Kinder und nicht von Enterbungen, es müsse mithin bei der Regel bleiben, nach welcher eine Enterbung nur in einem förmlichen Testamente ausgesprochen werden dürfe[29]). Allein das Gesetz spricht ja nicht blos von der Möglichkeit einer Erbeinsetzung der Kinder, sondern bestimmt, was die Eltern zu beobachten haben, wenn sie ohne die gewöhnlichen Formalitäten eine letztwillige Disposition unter ihren Kindern treffen wollen. Dazu gehört unter anderen auch die Einsetzung der Kinder; ist diese aber erfolgt, so hat die Verfügung die Bedeutung eines eigentlichen Testaments, und es kommt nunmehr — in Ermangelung besonderer gesetzlicher Einschränkungen — für die Wirkung desselben nicht weiter in Betracht, daß es ein privilegirtes oder nicht schon nach gemeinrechtlichen Erfordernissen gültiges Testament ist. Hiernach ist denn die Zulässigkeit von Enterbungen in einem solchen Testamente zu

28) Von den zahlreichen Schriften, welche sich wider oder für die Zulässigkeit entschieden haben, findet sich ein großer Theil genannt bei Euler l. l. §. 68. not. 1. Auf einzelne wird unten noch Bezug genommen werden.

29) Struve synt. jur. civ. Exerc. XXXII. th. 19. in f. Voet comment. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 1. §. 17. in f. Wernher lectiss. comment. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 12. *G.* Richter (Praes. *Jo. Fl. Rivino*) Diss. de filio in testamento parentum privilegiato non exheredando. (Lips. 1752.) Cap. VI. *G. H.* Aldringen de filio in imperfecto parentis inter liberos testamento ne bona quidem mento exheredando. Trev. 1785. Hartitzsch Erbrecht §. 404.

Digitized by Google

behaupten [30]), wie dies auch jetzt meistens angenommen wird [31]), selbst von solchen Juristen, welche zwar Enterbungen in dergleichen Dispositionen nicht für statthaft halten, aber lediglich aus dem Grunde, weil dieselben nicht als eigentliche Testamente zu betrachten seyen [32]).

Von selbst versteht sich übrigens, daß die Enterbung eines einzigen Kindes in diesem Testamente nicht möglich ist, da zu dessen Rechtsbestand jedenfalls erfordert wird, daß wenigstens ein Kind eingesetzt werde. Sodann darf auch nicht bezweifelt werden, daß Vormundschaftsernennungen und Enterbungen, wie alles Uebrige, was zum dispositiven Theil des Testaments gehört, vom Testirer eigenhändig niedergeschrieben werden muß [33]).

Auch Substitutionen sind dem privilegirten Testamente zuläßig, vorausgesetzt, daß nur solche Personen substituirt werden, auf welche das Privilegium sich bezieht [34]). Dritte

30) S. unpart. Kritik über juriſt. Schriften Bd. IV. St. 4. S. 357. fg. Frankenfeld diss. cit. pag. 30. not. v. Köchy Medit. u. ſ. w. I. Nr. XI. und die angef. Dissertationen von Schroeder §. 17. Euler §. 69. Müller §. 23.

31) S. Höpfner Comment. §. 460. Hofacker princ. §. 1386. Nr. II. 2. Die Lehrbücher von Thibaut, Mackeldey, Wening, Seuffert, Haimberger und das meinige an den betr. Stellen. — Das in früherer Zeit die entgegengesetzte Ansicht als die gemeine zu betrachten war, wird selbst von Vertheidigern der richtigen bezeugt, z. B. von Stryk diss. cit. c. IV. Nr. 59. sq.

32) S. Faber Err. Pragm. Dec. XXXVI. err. 5. u. vgl. Fritz a. a. O. S. 64. u. 81.

33) Vergl. oben S. 183. fg. u. S. 194.

34) Frankenfeld diss. cit. §. 21. a. E. Fritz a. a. O. S. 62. Müller l. l. §. 22.

Digitized by Google

Personen können eben so wenig direct substituirt als zu Erben eingesetzt werden. Vermächtnisse aller Art können aber auch für extranei angeordnet werden, nur sind dabei Zeugen zuziehen. Der gesetzliche Ausdruck ist hier sehr unbestimmt, weshalb denn auch über diesen Punkt keine Uebereinstimmung unter den Rechtsgelehrten herrscht[35]). — Nach einer möglichst buchstäblichen Uebersetzung lautet die hieher gehörige in dem ersten Capitel der Nov. 107. enthaltenen Bestimmung[36]) so: Wenn jedoch der Testirer seiner Gattin, oder dritten Personen Legate oder Fideicommisse — hinterlassen will, so soll auch dies, — falls es eigenhändig geschrieben und von den Testirenden vor Zeugen ausgesprochen ist, daß sie Alles — in der Verfügung Enthaltene selbst geschrieben haben und wollen, daß es gelte — kräftig seyn und darum das Niedergeschriebene nicht von geringerer Bedeutung gehalten werden, daß es die sonstige Förmlichkeit der Testamente nicht in sich begreift.

In der daraus genommenen Authentike geschieht der Zeugen überall keiner Erwähnung, sondern sie lautet so, als ob blos die eigenhändige Schrift des Testators auch zur Anordnung solcher Vermächtnisse genüge[37]). Und auch neuere Juristen verstehen bisweilen die Vorschrift so, daß

35) Eine Aufzählung und Kritik der verschiedenen Doctrinalmeinungen findet sich bei Müller observ. ad Leyser obs. 568. Köchy in den Medit. Nr. XII. und Euler l. l. §. 57—62.

36) Jedoch mit Weglassung des nicht zur Sache Gehörigen.

37) Auth. *Quod sine subscriptione* ad L. 21. C. *de test.* Vergl. Haenel dissensiones dominor. p. 183. a. E. Doch scheint der Glossator Martinus sogar 7 Zeugen zur Giltigkeit solcher Verfügungen zu erfordern; Gl. Acc. *derelinquant* ad Nov. 107. c. 1. in f.

Digitized by Google

es hinreichend sey, wenn die Vermächtnisse entweder eigenhändig geschrieben, oder durch eine Erklärung vor Zeugen angeordnet werden [38]). Halten wir uns aber an den Buchstaben des Gesetzes (und dies ist bei Gesetzen, wie das hier zu erklärende, gewiß nothwendig), — so muß neben der eigenhändigen Schrift auch noch die Erklärung vor Zeugen erfolgen, daß man alle in dem Testamente enthaltenen Anordnungen selbst geschrieben habe und geltend wissen wolle, wogegen es aber einer sonstigen Formalität, nämlich der Unterschrift der Zeugen und Besieglung nicht bedarf [39]). Es fragt sich demnach nur noch: wie viele Zeugen erforderlich seyen? Daß ein einziger schon genüge, — wie auch bisweilen wohl behauptet ist — hat den offenbaren Buchstaben des Gesetzes gegen sich. Meistens streitet man auch nur darüber: ob zwei Zeugen hinreichend seyen, oder ob mehrere (5 oder 7) zugezogen werden müßten? Wird ersteres bejaht, so darf man consequenterweise auch nur erfordern, daß die Zeugen die Eigenschaft bloßer Beweiszeugen haben; denn man muß alsdann annehmen, daß die Zeugen nur des Beweises nicht der Solennität wegen zuzuziehen seyen. Diese Ansicht hat nun auch von jeher viele Vertheidiger gefunden [40]).

38) Diese Meinung vertheidigt auch von Bülow a. a. O. S. 191.

39) Pufendorf obs. jur. univ. T. II. obs. 31. §. 2. Euler §. 57. Fritz S. 66. — Vergl. hierbei noch oben S. 178.

40) S. namentlich Leyser medit. ad Pand. Sp. 367. m. 6. Müller ad Leyser obs. 568. p. 31. und von neueren besonders *E. J.* Hagemeister de legatis extraneo in testamento parentum inter liberos relinquendo. Gryph. 1801. Müller diss. cit. §. 20.

Digitized by Google

Man stützt sie darauf, daß der Gesetzgeber ja das test. parentum inter liberos an die gewöhnlichen Solennitäten nicht gebunden erachte, sondern nur verlange, daß der Testirer seine Anordnungen eigenhändig niederschreibe und dies vollkommen feststehe; blos um deswillen erfordere er bei der Einmischung dritter Personen noch die Zuziehung von Zeugen, folglich komme hier die Regel zur Anwendung: **ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt** [41]). Dagegen drängt sich indessen die Bedenklichkeit auf: wenn hier lediglich die möglichste Gewißheit des Willens bezweckt wurde, warum verlangte der Gesetzgeber dann nicht auch die Zuziehung von Zeugen in Beziehung auf die hauptsächlichen Anordnungen des Testaments? Auch diese sind erforderlichen Falls (d. h. wenn die Aechtheit der Schrift sonst nicht festgestellt werden kann) durch zwei Zeugen zu erweisen, allein nöthig ist die Zuziehung derselben bei der Testamentshandlung gewiß nicht. Geht nun hieraus hervor, daß das Gesetz die Zeugen bei Einmischung dritter Personen der Form wegen verlangt, so darf auch behauptet werden, daß zwei nicht genügend seyen, da eine gesetzliche Bestimmung im Zweifel allemal nach der Natur des Instituts, worauf sie sich bezieht, zu erklären ist, das röm. Recht aber zu testamentarischen Handlungen stets mehr Zeugen erfordert [42]). Es kann daher nur noch gefragt werden: ob 7 oder nur 5 Zeugen zuzuziehen seyen? Diejenigen, welche ersteres behaupten, argumentiren auf folgende Art: die zur Frage stehende Verfügung ist ein Testament und kein bloßer Codizill.

41) L. 12. D. *de testib.* (XXII. 5.)

42) Wernher select. comment. h. t. p. 701. Fritz a. a. O. S. 68.

Digitized by Google

Aber nur für die Einsetzung der Kinder sind Zeugen nicht erforderlich, verlangt sie daher der Gesetzgeber zur Giltigkeit anderer Verfügungen in einem solchen Testament, so ist dabei vorauszusetzen, daß nicht schon die Anzahl von Zeugen genügen solle, welche für einen bloßen Codizill hinreichend sind[43]). Indessen ergiebt sich die Unrichtigkeit dieser Schlußfolgerung schon daraus, daß ja ausdrücklich gesagt wird: es sey auch bei der Zuwendung von Vermächtnissen an dritte Personen nicht Alles erforderlich, was zu einem regelmäßigen Testamente gehöre, sondern die Kraft dieser Zuwendungen solle ebenfalls auf der eigenhändigen Schrift des Testirers beruhen, — versteht sich, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich ein Mehreres verlangt. — Hiernach verdient denn die Meinung den Vorzug, welche die zu Codizillardispositionen erforderliche Anzahl von 5 Zeugen für genügend erklärt, und sie hat auch stets den meisten Beifall gefunden[44]).

43) Auch Fritz a. a. O. S. 69. ist aus diesem Grunde Meinung, daß 7 Zeugen erforderlich seyen, wenn man die Disposition überhaupt ein wahres Testament nennen könne.

44) M. s. z. B. Stryk Cautel. test. cap. X. §. 24. Pufendorf obs. T. II. obs. 31. §. 4. Frankenfeld diss. cit. §. 22. Wernher sel. comment. l. l. (p. 702.) Hofacker princ. §. 1389. Nr. II. Höpfner Comment. §. 460. Note 14. Euler l. l. §. 62. und die meisten Lehrbücher. — Auch Roßhirt testament. Erbr. der Römer §. 87. S. 487. fg. tritt dieser Ansicht bei, hält indessen dafür, daß die Zeugen ihre Namen auf die Urkunde setzen müssen. Auf ähnliche Art entscheidet eine Declaratorverordnung vom 24. Mai 1822. diese Streitfrage für das Königreich Hannover. Sie erfordert nämlich die Zuziehung von 5 Zeugen, die aber das Testament unterzeichnen müssen.

Digitized by Google

III. Ganz eigenthümlich ist noch die in dem zweiten Cap. der Nov. 107. enthaltene Bestimmung, daß ein privilegirtes test. par. inter liberos nicht anders aufgehoben werden soll, als wenn der Testirer die Absicht, seinen Willen zu ändern, vor sieben Zeugen erklärt und demnächst ein neues vollständiges oder feierliches Testament errichtet[45]). Offenbar ist die Erwähnung der 7 Zeugen nur veranlaßt durch die folgende Bestimmung: die Abänderung solle in einem vollständigen Testament geschehen. Meistens begnügt man sich daher auch zu sagen: die Wiederaufhebung eines solchen Testaments könne nur durch ein folgendes solennes Testament erfolgen; es ist auch wohl ge-

S. Göschen Vorlesungen Bd. V. §. 902. Nr. 4. Note 7. — Eine andere Frage ist übrigens die: ob nicht einer extranea persona in dem test. parent. inter liberos gewisse Vortheile (z. B. die in einem früheren Codizill ihr zugesicherten) entzogen werden dürfen, ohne daß es dazu der Zuziehung von Zeugen bedarf? Diese Frage muß schon deßhalb bejaht werden, weil ja der Testirer jedenfalls berechtigt ist, seinen Descendenten sein gesammtes Vermögen ausschließlich zuzuwenden. (Leyser med. ad Pand. Sp. 367. m. 9.) Es versteht sich, daß dieser Aufhebung keine anderen Gründe, z. B. ein jus quaesitum, entgegenstehen dürfen.

45) Daß es einerlei sey, ob das folgende Testament ein mündliches oder schriftliches ist, ergiebt sich aus den Schlußworten der Stelle und wird mit großer Bestimmtheit auch von Julianus in der Epitome hervorgehoben. S. auch die auth. *Hoc inter* C. ad L. 21. C. *de testam.* „Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.“

Digitized by Google

radezu behauptet: ein ausdrücklicher Widerruf sey nicht nöthig [46]), obgleich dies nie ohne Widerspruch geblieben ist [47]). Soviel dürfte sich indessen wohl annehmen lassen, daß die Praxis die den ausdrücklichen Widerruf betreffende Vorschrift wenig beachtet hat [48]), und jedenfalls ist es für genügend zu erachten, daß der Testirer, wenn das folgende Testament ein schriftliches ist, demselben die s. g. clausula cassatoria (d. h. die Erklärung, er hebe hierdurch sein früheres Testament auf) einverleibt, wenn er sie auch nicht gerade mündlich vor den Zeugen ausspricht. Gewiß aber ist es nicht zu billigen, wenn Manche die Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Fall beschränken, daß in der neuen Verfügung personae extraneae zu Erben eingesetzt (oder wenigstens mit Vermächtnissen bedacht) werden [49]). Was man dafür anführt, beschränkt sich auf Folgendes: a) der Kaiser ordne ausdrücklich an, wer

46) So z. B. von Faber Dec. XXXVI. Err. 7. 8. Voet comment. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 3. §. 3. Hofacker princ. §. 1386. Nr. III. Frankenfeld diss. cit. §. 24.

47) S. z. B. Stryk Diss. cit. cap. V. Nr. 3. sqq.

48) Vergl. Euler Diss. cit. §. 76.

49) Lauterbach coll. theor. pract. *h. t.* §. 36. Voet l. l. Otto comment. ad tit. *inst. quib. mod. test. inferin.* §. 6. in f. und besonders v. Bülow in dessen u. Hagemann's pract. Erörter. aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. III. Nr. XVIII. Vgl. auch dessen Abhandlungen Bd. II. Nr. XIII. — Die Vertheidiger dieser Meinung glauben hier einen Widerspruch zwischen der auth. *Hoc inter* C. *de test.* und dem Novellentext zu finden. Nach der ersteren sey die Meinung zwar begründet, daß ein ausdrücklicher Widerruf erfordert werde, nicht aber nach dem Gesetz selbst. Allein ein solcher Wider-

Digitized by Google

seinen in dem test. privilegiatum ausgesprochenen Willen ändern oder aufheben wolle, solle dies in einem förmlichen Testament thun. — Allein ist eine Abänderung der früheren Verfügung nicht auch möglich, ohne daß personae extraneae bedacht werden? — b) Auf die nämliche Weise, wie etwas entstehe, müsse es auch wieder aufgehoben werden können. — Dieß kann man gerne zugeben, und selbst das, daß ein hinreichender Grund zu dieser gesetzlichen Bestimmung nicht ersichtlich ist[50]). Deswegen aber darf der Ausleger sich über klare Gesetzesworte nicht hinaussetzen, oder etwas in das Gesetz hinein tragen, was nicht gesagt ist, wie hier offenbar geschieht, wenn man einem neuen privilegirten Testament die Kraft das frühere aufzuheben einräumt, falls nur in dem zuletzt errichteten nicht dritte Personen bedacht werden[51]). Strenge genommen würde selbst der durch ein neues öffentliches Testament

spruch existirt überall nicht, eben so wenig, wie zwischen der Novelle und Julians Epitome, in welcher ebenfalls beides, Widerruf und ein förmliches Testament, verlangt wird.

50) Dafür wird wohl bisweilen der Grund angeführt: es sey bei einem test. privilegiatum die Derogatorclausel (daß nämlich es bei dieser Willenserklärung unabänderlich sein Bewenden behalten solle), allemal von selbst zu verstehen; darum könne der Widerruf nur in einem solennen Testament erfolgen! Eine solche Derogatorclausel hat überhaupt bei Testamenten nichts zu bedeuten. (S. Bd. 38. d. Comment. §. 1428. S. 172. fgg.) Wäre sie aber wirksam, so würde das Testament eben so wenig durch ein neues feierliches als durch ein privilegirtes wieder vernichtet werden können. Euler l. l. §. 76. in f.

51) Vergl. *Ulr.* Huber praelect. ad Pand. *h. t.* Nr. 4. Schröder diss. cit. §. 18. Euler §. 77.

Digitized by Google

erfolgte Widerruf des früheren für giltig nicht gehalten werden können, da der Gesetzgeber ohne Zweifel ein vor sieben Zeugen errichtetes Privattestament vor Augen hatte. Indessen ist schwerlich zu bezweifeln, daß in vorkommenden Fällen der Richter Anstand nehmen werde, dem öffentlichen Testamente in dieser Hinsicht weniger Wirkung beizulegen, wie dem Privattestament [52]).

Kann aber ein solennes Testament durch ein privilegirtes aufgehoben werden? Nach röm. Recht darf dies nicht bezweifelt werden, da das Gesetz nur von der Aufhebung eines früheren privilegirten Testaments spricht. Anders erklärt man aber die Bestimmung der Notariatsordnung, von welcher jetzt, da sie auf mehrere der bisher erörterten Punkte von Einfluß ist, im Zusammenhange die Rede seyn soll.

Nachdem im Eingange des Titels der Not.-O. von Testamenten die Notarien belehrt sind, daß nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen (d. i. nach dem röm. Rechte) es zweierlei Testamente gebe, mündliche und schriftliche, werden die Erfordernisse für beide aufgezählt, und zwar heißt

52) arg. L. 19. C. *de test.* „Omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum" u. s. w. Oder wie die Neueren sagen: Majorem fidem faciunt acta, quam testes. Bülow in den angef. pract. Erörter. Nr. XVIII. a. E. — Ein bloßer Widerruf von 7 Zeugen kann nach dem Obigen dem Testamente seine Kraft nicht nehmen. Dagegen läßt sich wohl die Anwendung der allgemein rechtlichen Bestimmung: daß ein Testament, wenn es 10 Jahre alt ist, vor 3 Zeugen widerrufen werden könne, auf unseren Fall vertheidigen, wie dies schon an einem anderen Orte ausgeführt ist. S. Bd. 38. d. Comment. §. 1429. S. 300. fg.

Digitized by Google

es im §. 2., daß zu einem Testament sieben Zeugen nöthig seyen. „Aber (wird hinzugefügt) in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird — —, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf Zween." Weiter findet sich in dem Gesetze nichts über das test. parentum inter liberos. Wie ist nun das Verhältniß dieser Vorschrift zu dem Justinianischen Recht zu bestimmen? Darüber herrscht kaum ein Zweifel, daß unter Kindern auch hier alle zur Intestaterbfolge berufenen Descendenten zu verstehen seyen[53]). Desto mehr Streit findet über die Bedeutung der Verordnung Statt, daß zu einem solchen Testamente zwei Zeugen genügen. Es lassen sich dabei mehrere sehr verschiedene Ansichten unterscheiden. Nach der einen erfordert Maximilian noch außer den von Justinian vorgeschriebenen Solennitäten zu einem test. privilegiatum parentum die Zuziehung von 2 Zeugen; ein mündlich errichtetes privilegirtes Testament ist mithin auch nach diesem Gesetz nicht möglich[54]). Diese Meinung hält sich streng an die Grund-

53) Vergl. Fritz a. a. O. §. 42. — Daß die Maximilianische Bestimmung von einem wahren Testamente zu verstehen ist, mithin Exheredationen und Vormundschaftsernennungen in demselben angeordnet werden können, nimmt dieser Schriftsteller ebenfalls an (a. a. O. §. 39. §. 43.). Nach seiner Theorie liegt hierin eine sehr bedeutende Abweichung von dem röm. Recht, doch giebt er zu, daß diese nicht beabsichtigt wurde, sondern daß der Verfasser der N. O. das röm. Recht in dem Sinne der gewöhnlichen Ansicht (für deren Richtigkeit die Gründe oben ausgeführt sind) verstanden habe.

54) Schrader diss. cit. p. 26.

Digitized by Google

sätze über strikte Interpretation singulärer und correctorischer Gesetze: Privilegien sind nicht auszudehnen und correctorische Gesetze im Zweifel so zu erklären, daß sie sich so genau wie möglich an das bisherige Recht anschließen, was hier um so mehr anzunehmen ist, als der Kaiser ausdrücklich auf Befolgung des röm. Rechts im Eingange hinweist [55]). Eine zweite Ansicht läßt ein mündliches Testament vor zwei Zeugen zu, erfordert aber zu einem schriftlichen außer der Beobachtung der Justinianischen Vorschriften die Zuziehung von zwei Zeugen [56]). Für diese Ansicht lassen sich im Allgemeinen die nämlichen Gründe, wie für die erste, anführen, zugleich aber beruht sie darauf, daß im Eingange des Gesetzes von mündlichen und schriftlichen Testamenten die Rede ist, mithin auch die nachher genannten Erfordernisse nicht auf eine Art derselben zu beschränken sind. Daß hiernach ein mündliches Testament weniger Formalitäten bedarf, wie ein schriftliches, und dennoch mit diesem gleiche Wirkungen haben soll, würde an und für sich dieser Meinung nicht entgegenstehen, da Dasselbe ja auch bei gemeinrechtlichen Testamenten der Fall ist. Bedenklich erscheint es indessen, dies hier anzuwenden. Nach Justinians Vorschrift sollen die besonderen Solennitäten des privilegirten Testaments an die Stelle der sonst erforderlichen Zeugen treten. Die Absicht Maximilians, welcher von der gewöhnlichen Zeugenzahl fünf nachläßt, bezweckt aber augenscheinlich eine

55) So etwa müssen die Gründe für diese Meinung lauten, die ich freilich vollständig nirgends angegeben finde.

56) Müller diss. cit. §. 27. — So glaube ich auch die Aeußerungen Roßhirts hierüber verstehen zu dürfen: testamentarisches Erbrecht. I. S. 465. 466.

Digitized by Google

Erleichterung für Eltern einzuführen, die unter ihren Kindern testiren wollen, wogegen angenommen werden müßte, daß er deren bisherigen Befugnisse eingeschränkt habe, falls zu den besonderen Solennitäten des schriftlichen Testaments auch noch Zeugen hinzutreten sollten. Dies Argument steht auch der ersten Ansicht entgegen, nur erhält es hier noch ein besonderes Gewicht dadurch, daß nach dieser zweiten Meinung eine Erleichterung für die Eltern, welche mündlich testiren wollen, eine Erschwerung für diejenigen, welche die schriftliche Form wählen, durch die nämlichen Gesetzesworte eingeführt seyn würden. — Nach einer dritten Meinung genügen zu einem Testamente der Eltern unter den Kindern, dem schriftlichen wie dem mündlichen, zwei Zeugen, ohne daß weitere Solennitäten erfordert werden. Dafür wird angeführt: die Not. O. habe den Zweck, die Notarien zu instruiren, wie sie Testamente abfassen sollen. Zu diesem Behuf zähle sie die Erfordernisse auf, bemerke aber in Beziehung auf eines derselben, die Zuziehung von sieben Zeugen, daß ausnahmsweise etwas nachgelassen sey, ohne diese Ausnahme an besondere Bedingungen zu knüpfen; auch in dem §. 7., wo von dem schriftlichen Testament gesagt wird, es sey gleichgültig, ob es der Erblasser oder ein Anderer geschrieben, werde mit keinem Worte erwähnt, daß es in unserem Falle anders sey. Wäre nun dennoch das Gegentheil beabsichtigt, so würde der Gesetzgeber die Notarien, statt sie über die rechte Art einer Testamentserrichtung zu belehren, durch sein Stillschweigen irre leiten [57]). Man kann dies allenfalls zugeben, vielleicht auch, daß die fragliche Stelle der N. O. nur eine mißlungene

57) Fritz a. a. O. §. 40. v. Wening Lehrbuch. Bd. III. S. 311. d. Ausg. von Fritz.

Digitized by Google

authentische Interpretation der Novelle sey [58]). Immer aber bleibt es sehr mißlich, solche Voraussetzungen zur Grundlage der Interpretation zu machen, zumal eines Gesetzes wie die Maximilianische N. O. Das Wichtigste, was sich für diese Ansicht sagen läßt, ist der allgemeine Ausdruck des Gesetzes; allein es darf doch nicht übersehen werden, daß es nur eine lex correctoria ist und der Gesetzgeber seine Notarien ausdrücklich auf das römische Recht verweist. Man ist daher schwerlich berechtigt anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Bestimmung des früheren Rechts, wie die über die Form des schriftlichen test. parentum, stillschweigend aufgehoben habe. Auf den ersten Anblick scheint für eine Modification dieser Theorie (woraus man denn eine vierte Meinung bilden kann) Vieles zu sprechen: Maximilian (könnte man sagen) gestattet den Eltern schriftlich und mündlich vor zwei Zeugen zu testiren, ohne das besondere Recht der Nov. 107. aufzuheben, m. a. W. wenn Eltern schriftlich testiren wollen, so haben sie die Wahl, dies auf gewöhnliche Art zu thun, wobei aber zwei Zeugen genügen, oder nach den Vorschriften der Nov. 107. Cap. 1. [59]). Indessen ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber zwei Arten schriftlicher privilegirter Testamente habe anerkennen wollen. — Nach einer fünften Meinung hat Maximilian überall nichts Neues bestimmt, sondern seine Vorschrift bezieht sich nur auf die am Schluß des Cap. 1. unserer Novelle erwähnte Einmischung dritter Personen. Hiernach soll denn Folgendes dadurch verordnet seyn: so-

58) Fritz a. a. O. §. 41. S. 78.

59) Auch diese Absicht führt Fritz §. 41. als eine allenfalls mögliche an, verwirft sie indessen.

Digitized by Google

ferne überall Zeugen bei diesem Testament nöthig sind, genügen zwei, — wodurch also im Grunde nur eine in der Nov. schon liegende Vorschrift wiederholt werde [60]). Allein abgesehen davon, daß hierbei von der, schwerlich richtigen Voraussetzung ausgegangen wird: Justinian erfordere für die Einmischung dritter Personen blos die Zuziehung von zwei Beweiszeugen, so verträgt sich diese Auslegung auch schlechterdings nicht mit der deutlich ausgesprochenen Absicht Maximilians, die Testamentssolennitäten festzustellen. — Für eine sechste Ansicht hat sich die gemeine Meinung sehr entschieden erklärt, so daß abweichende Meinungen häufig nicht einmal erwähnt werden, — dafür nämlich, daß die N. O. ein neues Testamentsprivilegium, nämlich die Befugniß der Eltern, mündlich vor zwei Zeugen zu testiren, eingeführt, in Ansehung des schriftlichen test. privil. parent. inter liberos es aber bei der Vorschrift des Justinianeischen Rechts gelassen habe [61]). Mit völliger Sicherheit läßt sich freilich auch diese Ansicht nicht rechtfertigen, doch sprechen dafür nicht unerhebliche Gründe. Man darf nämlich wohl von den in dem Vorstehenden bereits enthaltenen Sätzen

60) v. Bülow in den Abhandlungen I. S. 200. u. 201.

61) Wernher obs. sel. P. V. obs. 154. *M. G.* Wernher lectiss. comment. h. c. p. 707. Höpfner Comment. §. 460. Not. 2. Euler diss. cit. §. 53. Thibaut §. 845. zu Anfang. S. überhaupt die meisten Lehrbücher, welche sich über die Sache äussern. Daß es die gemeine Meinung sey, nimmt auch Göschen an, Vorlesungen Bd. V. §. 902. Nr. 3. u. v. Bülow, der doch entgegengesetzter Meinung ist (s. Note 60), giebt selbst zu, es stehe die Praxis fest, daß vor zwei Zeugen erklärte mündliche Testamente aufrecht erhalten werden, a. a. O. S. 201.

Digitized by Google

ausgehen: a) es ist nicht anzunehmen, daß ein blos correctorisches Gesetz eine Bestimmung des früheren, stillschweigend aufhebe, falls dies nicht mit logischer Nothwendigkeit aus dem sonstigen Inhalte und dem Zweck desselben folgt; b) der K. Maximilian beabsichtigte eine Erleichterung für testirende Eltern einzuführen, dagegen c) ist es durchaus unwahrscheinlich, daß er zwei verschiedene Formen für schriftliche privilegirte Testamente der Eltern habe anerkennen wollen. — Aus diesen Vordersätzen ergiebt sich denn von selbst das Resultat: auf schriftliche Testamente der Eltern kann das Gesetz nicht bezogen werden, mithin bleibt nur übrig, es auf mündliche anzuwenden. Unterstützt wird dies Resultat noch einigermaßen dadurch, daß in dem §. 7. der Tit. der N. O. von Testamenten bezeugt wird: schriftliche Testamente seien zu jener Zeit nicht eben gewöhnlich. Hieraus geht jedenfalls soviel hervor, daß Maximilian bei seiner Vorschrift auch die mündlichen Testamente vor Augen hatte. Ob übrigens der Verfasser der Not. O. hierbei von den Vorschriften des Röm. Rechts abweichen wollte, oder nur den Inhalt desselben auszudrücken glaubte? kann dabei ganz auf sich beruhen bleiben. Genug, wir haben hier eine uns zur Anwendung überlieferte Rechtsnorm, welche sich im Röm. Recht nicht findet. Von ihr machen wir die Anwendung, welche nach den Regeln über das Verhältniß neuerer zu älteren Gesetzen davon sich machen läßt, ohne den Untersuchungen über wahrscheinliche Motive und Meinungen des Gesetzgebers darauf einen Einfluß zu verstatten, indem hiedurch eben jede einigermaßen sichere Anwendung des Gesetzes aufgehoben werden würde[62]).

62) Man kann hierauf den Ausspruch der Röm. Juristen anwenden: „Non omnium, quae a majoribus consti-

Digitized by Google

Wenn übrigens manche Anhänger dieser Meinung diese Zeugen nur für Beweiszeugen, nicht für Solennitätszeugen erklären [63]), so ist dies gewiß nicht zu billigen. Das Gesetz bestimmt unter Hinweisung auf das Röm. Recht die Erfordernisse eines zu Recht beständigen Testaments und so denn namentlich auch die Zahl der Zeugen. Regelmäßig (heißt es) gehören „nach Kaiserlichen Rechten" zu einem giltigen Testament sieben Zeugen, worunter (wie auch von Niemand bezweifelt wird) Solennitätszeugen zu verstehen sind. Aber für das test. parent. inter liberos wird „solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween". Nach welcher Logik man es nun rechtfertigen zu können glaubt, daß damit bloße Beweiszeugen gemeint seien, ist nicht einleuchtend! Nur die Zahl darf vermindert werden, von der Qualität der Zeugen spricht das Gesetz überall nicht, diese ist mithin nach den sonst dabei eintretenden Voraussetzungen zu bestimmen.

Daß die mündliche Erklärung eines Testirers bei der Testamentshandlung niedergeschrieben wird (in welchem

tuta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur". (L. 20. 21. D. *de legib.*) Das heißt: es giebt manche Gesetze, deren Gründe wir nicht kennen, oder die uns als nicht gehörig begründet erscheinen. Darum darf man das Gesetz weder für unanwendbar erklären, noch es anders verstehen und anwenden, als es sich selbst giebt.

63) Z. B. Hellfeld h. §. in f. Hopacker princ. §. 1388. Nr. II. Günther princ. §. 381. A. 4. in f. Hartitzsch Erbr. §. 403. a. E. — Man erklärt daher wohl gar das Testament für giltig, wenn es vor einem Zeugen errichtet ist u. der Erbe das suppletorium schwört. S. Hellfeld §. 1482. not. z.

Digitized by Google

Fall man das Testament ein test. nuncupativum in scripturam redactum nennt) ändert bekanntlich die rechtliche Natur desselben keineswegs. Es sind darum also noch nicht die besonderen Solennitäten des schriftlichen Testaments zu beobachten. Ein Gleiches gilt auch hier: wenn die Eltern ihren letzten Willen mündlich vor zwei Zeugen in einer diesen verständlichen Sprache erklären und niederschreiben lassen, so ist es nicht nöthig, daß sie selber irgend etwas schreiben. Immer aber ist die allgemeine Vorschrift der Not. O. Tit. von Testamenten §. 5., daß Alles, was bei der Testamentserrichtung niedergeschrieben ist, vor dem Testirer und den Zeugen, ehe sie aus einander gehen, vorgelesen werden muß, auch hier zu beobachten (s. Note 66).

Nach Röm. Recht kann Niemand, der nicht im Stande ist, selbst gehörig zu schreiben, ein test. privilegiatum parentum errichten, auch ein Blinder kann daher auf diese Weise nicht testiren (s. oben S. 177. fg.). Seitdem aber feststeht, daß das privilegirte Testament auch mündlich errichtet werden kann, muß dies auch für Blinde und Schreibensunerfahrene möglich seyn. Indessen behaupten in Ansehung eines blinden Testires nicht Wenige das Gegentheil und diesen schließt sich auch Glück an[64]). Der dafür hauptsächlich angeführte Grund ist, daß die Not. O. in dem §. 11. Tit. 2., ganz allgemein bestimme: die in dem §. 9. beschriebenen Erfordernisse (also auch die Zuziehung von 8 Zeugen) sey nicht blos in dem Testamente eines Blinden, sondern auch in seinem Codicille und „anderen seinen letzten Willen" zu beobachten.

64) S. Bd. 34. d. Comment. §. 1406. d. S. 44—46., wo sich auch die mit dem Verf. übereinstimmenden Schriftsteller angeführt finden.

Digitized by Google

Indessen soviel ist doch wohl mit Sicherheit anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die letzten Worte nicht die privilegirten Testamente im Gegensatz der gewöhnlichen bezeichnen wollte, indem ja ein privilegirtes Testament eben so gut ein Testament ist, wie jedes andere; der Ausdruck „in anderen seinen letzten Willen", wenn man ihn nicht für einen Pleonasmus halten will, darf daher wohl nur auf die mortis causa donationes bezogen werden. Es bleibt mithin blos noch der aus dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes hergenommene Grund übrig. Allein diesem läßt sich entgegensetzen, daß ja auch die Stelle, welche den Eltern das Recht ertheilt, vor zwei Zeugen zu testiren, allgemein spricht und keineswegs zwischen sehenden und blinden Eltern unterscheidet. Für die Anwendung dieser Bestimmung auch auf blinde Eltern tritt außerdem noch der Grund hinzu: lex specialis derogat generaliori. Alle und jede Vorschriften aber über privilegirte Testamente gehören zu den jura specialia, welche bei einer Collision mit den Bestimmungen über die regelmäßig zu beobachtende Testamentsform diesen vorgehen. Müßte man ja sonst auch annehmen, daß nach §. 8. der N. O., worin ebenfalls ganz allgemein und ohne Rücksicht auf die privilegirten Testamente zu nehmen, die Bedingungen eines test. nuncupativum bestimmt werden (der Testirer soll vor 7 Zeugen seinen Willen deutlich erklären), jedes mündliche Testament ohne Unterschied vor 7 Zeugen zu errichten sey! Auch ist ja die Nothwendigkeit des achten Zeugen bei dem Testament eines Blinden nicht etwa dadurch veranlaßt, daß man glaubte, anders als durch acht Zeugen könne die letztwillige Erklärung des Testirers nicht bewahrheitet werden, sondern weil es angemessen erschien, daß außer den bei gewöhnlichen Testamenten schon

Digitized by Google

erforderlichen Zeugen noch eine besondere Person zugezogen werde, welche für den Testirer die Handlungen vornehme, die dieser seiner Blindheit halber vorzunehmen außer Stande ist. Wären zwei Zeugen regelmäßig schon genügend gewesen, so würde ohne Zweifel bei dem Testament des Blinden nur noch ein Dritter (Notarius oder Zeuge) erfordert worden seyn, um dasjenige vorzunehmen, was jetzt dem Achten zu thun obliegt. Es fehlt also an hinreichenden Gründen, um die Anwendung des Privilegiums auf blinde Eltern zu bezweifeln [65]). — Allein weiter darf man auch nicht gehen. Alle gesetzlichen Vorschriften, neben welchen das Privilegium sehr gut bestehen kann, müssen daher allerdings beobachtet werden. Dahin gehört bei dem mündlichen Testament eines Blinden insonderheit: daß die von dem Testirer ausgesprochene Willenserklärung in Gegenwart der Zeugen von dem Notarius oder in dessen Ermanglung von einem besonderen (also dritten) Zeugen niedergeschrieben, und nachdem der Aufsatz verlesen worden [66]),

65) Diese Meinung vertheidigt auch, wenn gleich nicht ganz aus den oben angeführten Gründen (und mit einer unten, Note 67, noch zu bemerkenden Abweichung) Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. p. 707—712. S. auch Müller observ. ad Leyserum obs. 569. Tom. IV. Fasc. I. p. 35—37.

66) Die Nothwendigkeit der Vorlesung eines in Gegenwart der Zeugen von dem Blinden mündlich erklärten und hiernächst niedergeschriebenen letzten Willens wird zwar von Manchen, namentlich auch von Glück a. a. O. S. 35. geläugnet. Allein, wenn sie gleich in der von den Solennitäten der Testaments-Blinden handelnden Gesetzesbestimmung nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, so ergiebt sie sich doch aus der allgemeinen Vorschrift der Not. D. §. 5. — Leyser med. ad Pand. Sp. 367. med. 7.

Digitized by Google

von den Zeugen und, statt des Blinden, von dem Notarius oder dessen Stellvertreter unterschrieben und besiegelt werde. — Aus der bisherigen Darstellung ergiebt sich auch wohl zur Genüge, daß die hier erforderte Zuziehung eines Dritten keineswegs im Widerspruch steht mit der Anwendung des Privilegiums auf die Testamente blinder Eltern, sondern nur eine consequente Anwendung des Prinzips enthält, daß die allgemeinen Vorschriften auch auf die privilegirten Testamente anzuwenden sind, insoweit sie nicht mit dem Privilegium eigentlich collidiren, oder (m. a. W.) soferne neben denselben das Privilegium bestehen kann[67]).

Die Worte der Not. O. „in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird", versteht man gemeinhin[68]) so: die Errichtung eines privilegirten test. parent. inter liberos sey nur möglich, falls nicht schon ein anderes Testament vorhanden ist. Wenn man nun gleich schwerlich mit der Aeußerung eines Schriftstellers einverstanden seyn kann, welcher meint, dies sey ganz in jenen Worten enthalten — dilucide probatur[69]),

67) *Sam.* Stryk de jure sensuum Diss. II. (de jure Caecorum) cap. III. nr. 38—44. — Wenn ein Sehender aber des Schreibens Unkundiger schriftlich testirt, muß bekanntlich ebenfalls ein besonderer Zeuge zugezogen werden, der Statt seiner unterschreibt, nicht aber wann er mündlich seinen letzten Willen errichtet. Hieraus folgt, daß ein solcher auch ein mündliches test. parentum inter liberos lediglich vor zwei Zeugen machen kann.

68) Doch fehlt es auch nicht an anderweitigen Deutungen; s. v. Bülow Abhandl. I. S. 200. u. Bd. II. nr. XIV. p. 128.

69) Eulen diss. cit. §. 74.

Digitized by Google

so darf doch zugegeben werden, daß diese Erklärung dem Wortverstande am besten entspricht. Vielleicht wollte Maximilian nur wiederholen, was Justinian in der Nov. 107 Cap. bestimmt: eine bereits vorhandene privilegirte Disposition soll durch keine neue privilegirte aufgehoben werden. Bei der Ungewißheit hierüber muß man sich indessen an die Worte halten, und so erscheint denn das Resultat gerechtfertigt: daß durch ein privilegirtes Testament weder ein feierliches noch ein unfeierliches aufgehoben werden kann, mithin ein solches Testament von selbst als ungiltig zerfällt, falls schon irgend ein anderes vorhanden ist[70]).

§. 1483.

II. Von der divisio parentum inter liberos.*)

Eine divisio parentum inter liberos ist eine von den Eltern ausgehende vorläufige Erbtheilung, wobei deren Erbrecht von dem Disponenten vorausgesetzt wird[71]). Sehr gewöhnlich erklärt man sie für eine Erbtheilung, wobei die Kinder als Intestaterben gedacht wer-

70) Euler l. l. Fritz a. a. O. §. 44. Müller diss. cit. §. 28. Hellfeld §. 1481. a. E. Thibaut §. 845. gegen d. E. Wening §. 482. zu Note x. Mein Lehrb. §. 696. zu Note 12. 13. Hartitzsch Erbr. §. 404. a. E.

*) *F. C.* Harprecht de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta. Tub. 1702. (u. in den Diss. acadd. Vol. II. nr. 60.). *Chr.* Wildvogel comm. de divisione parentum inter liberos. Jen. 1748. Die bereits angeführten Dissertationen von Frankenfeld Sect. II. §. 9—15. u. §. 25. von Schröder Caput. III. von Euler Pars II. §. 79. bis zu Ende.

71) Mein Lehrb. §. 696.

Digitized by Google

den[72]). Allein es kann ja Jemand ein Testament gemacht und in demselben seine Kinder eingesetzt haben, hinterher aber das Vermögen oder einzelne Gegenstände desselben unter die Kinder vertheilen[73]). Gewöhnlich ist es freilich, daß dabei Intestaterbrecht vorausgesetzt wird und von dieser Voraussetzung soll denn auch bei der folgenden Darstellung meistens ausgegangen werden.

Mit einer solchen Disposition kann auch allenfalls schon eine sofortige reelle Theilung, d. h. eine Ueberlassung des Vermögens oder einzelner dazu gehöriger Objecte an die Kinder beim Leben des Disponenten verbunden seyn, und schon bei den Römern kam dies vor[74]). Heut zu Tage ist dies sogar etwas sehr gewöhnliches[75]), wobei denn die Eltern durch gewisse Vorbehalte (Altentheil u. s. w.), oder Nebenverträge (Leibrentencontract u. dgl.) ihren Un-

72) So Höpfner §. 460. a. E. Hellfeld §. 1483. Frankenfeld l. l. §. 9. Thibaut §. 846. Günther princ. §. 782. Euler diss. cit. §. 82. Wening §. 482. (oder Buch V. §. 128.) und überhaupt die Meisten.

73) Ganz richtig heißt es daher bei Göschen (Vorlesungen Bd. V. §. 902. S. 297): Es wird durch die bloße divisio inter liberos gar nicht festgesetzt, wer erben solle und wie viel, sondern es wird dieses vielmehr als schon anderweitig bestimmt vorausgesetzt, — als bestimmt entweder durch ein früheres Testament oder durch die Gesetze der Intestaterbfolge.

74) L. 2. Th. C. *fam. herc.* (II. 24.) Vgl. unten den Text zu Note 79. u. 83.

75) Zunächst davon handelt die Dissertation von Harprecht. Vgl. auch *R. C.* Henne Diss. de cessione bonorum liberis a parentib. adhuc vivis facta. Erf. 1758. u. Jen. 1760. Frankenfeld l. l. §. 10. Hofacker princ. §. 1390. nr. I. Günther princ. §. 782. a. E.

Digitized by Google

terhalt sichern, oder auch ein Widerrufsrecht sich vorbehalten. Die besonderen Wirkungen solcher Theilungen oder Ueberlassungsverträge sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden und gehören zum Theil ganz anderen juristischen Disciplinen an, insbesondere dem deutschen Privatrecht. Wir übergehen dies also mit Stillschweigen und betrachten hier nur die eventuellen Erbtheilungen, oder diejenigen, welche ihre Wirkung erst äußern, wenn die Descendenten, worauf sie sich beziehen, auch wirklich Erben werden.

Von den Subjecten wurde bereits im §. 1480 ausführlich gehandelt. Auch der Inhalt aller hier einschlagenden Gesetzstellen ist dort schon angegeben, so daß bei dem Folgenden in mancher Beziehung auf die frühere Darstellung verwiesen werden kann.— Wir haben hierbei auf dreierlei unser Augenmerk zu richten: auf die Form, den Inhalt und die Wirkung dieser Disposition.

I. Die Form anbelangend, so soll nach Justinians Vorschrift die Theilung entweder im Testament geschehen, oder in einem schriftlichen Aufsatz, welcher die Angabe der zu vertheilenden Gegenstände enthält und entweder von dem Disponenten selbst, oder von den Kindern unterschrieben ist[76]). Die besonderen Erfordernisse des eigentlichen testam. parent. inter liberos, als: eigenhändige Bezeichnung der Namen und Sachen, so wie die Angabe des Datums, brauchen hier nicht beobachtet zu werden. Dagegen gilt die Vertheilung auch nicht, wenn an den obigen Bedingungen etwas fehlt. Wer in ande-

76) Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3. — Ohne Grund halten Manche diese Form für überflüssig; so Wernher P. IX. obs. 207.

Digitized by Google

rer Form eine solche Disposition vornehmen will, ist wenigstens nach Röm. Recht dabei an die Codicillarform gebunden[77]). Daß heut zu Tage übrigens die Vertheilung durch einen Vertrag zwischen Eltern und Kindern, welcher die Form eines zu Recht beständigen Erbvertrags hat, regulirt werden könne, leidet kein Bedenken. Denn da der Kaiser nur will, daß dieselbe entweder in einem Testamente, oder in einem von dem Disponenten oder den Kindern unterschriebenen Aufsatz erfolge, so muß sie auch durch jeden Act geschehen können, welche nach dem jetzt geltenden Recht die wesentliche Bedeutung eines Testaments hat. Nach röm. Recht war eine vertragsmäßige Vereinbarung darüber nicht möglich, da hierin allemal eine unwiderrufliche letztwillige Disposition liegt, mithin durch das Verbot der Erbverträge von selbst ausgeschlossen ist[78]). Auch steht diesem das Rescript von K. Constantius nicht entgegen, nach welchem eine bei Lebzeiten einer Mutter mit deren Zustimmung von den Kindern vorgenommene Erbtheilung für zulässig erklärt wird[79]); denn die Mutter selbst war an diese Disposition nicht unwiderruflich gebunden, wie dies am Schlusse ausdrücklich bemerkt wird: „si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur.“ Mit Unrecht finden Manche auch in den von Justinian vorgeschriebenen

77) S. hierüber oben §. 1480. S. 165. fg. Vgl. auch Schröder diss. cit. §. 21. a. E. — Uebrigens versteht sich nach dem Obigen auch von selbst, daß auf den Grund der Maximilianischen Not. D. auch die divisio parentum vor zwei Zeugen vorgenommen werden kann. S. den vor. §. zur Not. 61. fgg.

78) Euler diss. cit. §. 87.

79) L. 2. Th. C. *fam. herc.* (s. Not. 74).

Digitized by Google

Erfordernissen die Form eines Vertrags, indem sie meinen, daß sowohl der Disponent als die Kinder den Aufsatz zu unterschreiben hätten [80]), da doch ausdrücklich gesagt ist: entweder der Disponent oder die Kinder [81]); wäre aber auch das Gegentheil richtiger, so würden dadurch dem Disponenten doch noch nicht die Hände gebunden seyn, m. a. W. für ihn würde das Geschäft nicht die Wirkung eines Vertrags haben können, da das röm. Recht dergleichen Verträge schlechterdings nicht gestattet [82]). Uebrigens können die Miterben unter sich vertragsmäßige Bestimmungen über die Erbtheilung schon beim Leben des Erblassers treffen, nur ist dazu Einwilligung des Letztern erforderlich, nicht als ob er dadurch an das Geschäft gebunden würde, sondern um demselben das Unschickliche zu nehmen, was sonst darin liegt [83]).

80) Hofacker princ. §. 1390. Nr. II. 3.

81) Euler l. l.

82) Arg. L. 2. Th. C. *fam. herc.* u. L. 30. C. *de part.* (II. 3.)

83) L. 30. C. *de pact.* (II. 3.) (Vgl. Schrader Bemerkungen zu dem Entw. eines Gesetzes in Betreff der Verträge über Erbschaften u. s. w. Besonders abgedruckt aus dem 5ten Bande der Monatsschr. für die Justizpflege in Würtemberg. Bd. V. zu Art. 54. 55. S. 14. fg.) Diese Constitution (von Justinian) bestimmt ganz allgemein, daß alle Verträge über die Erbschaft einer bestimmten noch lebenden Person ohne deren Zustimmung ungültig, die Zustimmung aber für diesen unverbindlich seyn solle, wodurch ein solches Geschäft sich mithin sehr bestimmt von einem Erbvertrag unterscheidet. (Hasse im Rhein. Mus. für Jurisprudenz Bd. II. S. 218 bis 241.) Derselbe Grundsatz war in Beziehung auf reelle Erbtheilungen beim Leben des künftigen Erblassers schon vom Kaiser Constantius angeordnet, s. Not. 74.

Digitized by Google

II. Den Gegenstand oder Inhalt dieser Disposition bildet die Vertheilung des ganzen Vermögens oder einzelner Sachen unter die Descendenten; was ungetheilt geblieben ist, fällt an die sämmtlichen mit einander concurrirenden Erben nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge oder dem in einem etwanigen Testamente bestimmten Einsetzungsmodus [84]). Auch können den einzelnen Descendenten bestimmte Schulden überwiesen werden, was denn dieselbe Wirkung hat, wie wenn Erben unter einander dergleichen Vereinbarungen treffen, d. h. die Gläubiger sind dadurch nicht gehindert, die sämmtlichen Erben in Anspruch zu nehmen, diese aber sind gegen einander verpflichtet, die ihnen überwiesene oder von ihnen übernommene Schuldenlast anzuerkennen, folglich auch an die Gläubiger, von denen sie direct auf das ganze Quantum der ihnen zugetheilten Schuld in Anspruch genommen werden, zu zahlen; erfüllen sie diese Verbindlichkeit nicht, so können sie dieserhalb von den Miterben mit praescriptis verbis actio belangt werden [85]). Auch können Collationsverbindlichkeiten durch dergleichen Verfügungen wenigstens erlassen werden [86]). Auf Beobachtung der Gleichheit kommt es nicht an; es kann durch die Theilung dem Einen mehr

84) L. 21. C. *fam. ercisc.* v. Bülow a. a. O. (Abhandl. Bd. I.) S. 186. S. unten Nr. III. 1.

85) L. 20. §. 3. D. *fam. ercisc.* (X. 2.) — L. 33. L. 39. §. 5. *eod.* — Euler diss. cit. §. 82. in. f. u. §. 83. S. auch oben §. 1480. S. 154.

86) Vergl. L. 39. §. 1. D. *fam. erc.* Nov. 18. c. 6. Nov. 48. cap. 1. — Ob auch eine Verbindlichkeit zur Collation dadurch angeordnet werden könne? ist bestritten. S. hierüber v. Bülow a. a. O. S. 205. fgg. (Nr. IV.) Das Nähere hierüber s. unten Lib. XXXVIII. Tit. I. §. 1610.

Digitized by Google

wie dem Andern zugewandt werden, sofern nur das Pflichttheilsrecht dadurch nicht verletzt ist[87]).

Die wichtige Frage: ob eine divisio parentum inter liberos durch bloße Vertheilung der Erbschaft nach Quoten erfolgen könne? findet man schwerlich irgendwo ex professo erörtert. Gewöhnlich sind die das Object und die Vertheilungsart betreffenden Aeußerungen unserer Schriftsteller so allgemein gehalten, daß man daraus die Ansicht des Verfassers über die obige Frage nicht entnehmen kann. Bei Einigen findet sich die Erklärung: die Erbvertheilung sey eine Bestimmung der Erbschaftsquoten oder portiones hereditariae für die Kinder, jedoch ohne diese Begriffsbestimmung zu rechtfertigen[88]). Nur von Wenigen wird angedeutet, daß die Erbtheilung auf eine Theilung der einzelnen Vermögensobjecte (der Grundstücke, des baaren Geldes u. s. w.) gerichtet seyn müsse[89]). Diese Ansicht darf allein für richtig gehalten werden. Denn erstlich wäre es sonst nicht möglich, die bloße divisio von einem test. parent. inter liberos zu unterscheiden, für die doch verschiedene Formen gelten. Wenn z. B. ein Vater seine Kinder zu verschiedenen Erbtheilen einsetzte, den Namen derselben und die Erbtheile aber nicht selbst schriebe, sondern einen von einem Dritten geschriebenen Aufsatz nur unterzeichnete, so würde man sagen können: es gilt diese Disposition zwar nicht als

87) Vergl. L. 39. §. 1. D. *fam. erc.* L. 16. L. 21. C. *eod.* (III. 36.) — Euler §. 84.

88) Harprecht Diss. cit. §. 1. Nr. 8. Hofacker princ. §. 1390. Nr. II.

89) Thibaut Lehrb. §. 846. Göschen Vorlesungen §. 902. Bd. V. S. 297.

Digitized by Google

eigentliches test. parentum, wohl aber als divisio; und selbst wenn erweislich der Vater ein Testament zu machen beabsichtigt hätte, würde dies angenommen werden müssen, da der Grundsatz allerdings nicht zu bezweifeln ist, daß ein unvollständiges test. parentum als divisio erhalten werden kann. (S. oben S. 185. fg.) Es würde dies sogar noch für den Fall zu behaupten seyn, wenn der Testirer mit gänzlicher Uebergehung eines Kindes die übrigen zu Erben eingesetzt hätte; das übergangene Kind könnte nur mittelst der fam. ercisc. actio seinen Pflichttheil fordern und müßte das Uebrige seinen Geschwistern überlassen! Wie wäre aber damit wohl zu vereinigen (was doch im Allgemeinen anerkannt ist), daß auch in dem test. parentum inter liberos Notherbenrechte eben sowohl zu berücksichtigen sind, wie in jedem anderen Testament[90])? — Es kommt aber zweitens noch hinzu, daß der Zweck einer solchen Erbtheilung nur darin bestehen kann, das vorläufig festzustellen, was sonst durch eine, außergerichtliche oder gerichtliche, Erbtheilung normirt wird. Das Erbtheilungsgeschäft ist ja aber nicht auf die Bestimmung von Erbraten, sondern lediglich auf die Vertheilung der Vermögensobjecte gerichtet. Die Grundstücke, die nomina, das baare Geld, die übrigen Mobilien werden unter die Erben vertheilt, oder auch der Eine bekommt gewisse Sachen, der Andere Geld u. s. w. Darauf wird denn auch in den Stellen des vorjustinianeischen Rechts, welche von der divisio parentum sprechen, sehr bestimmt hingedeutet: der Disponent greift hier dem officium des Theilungsrichters gewissermaßen vor[91]), wie

90) Vergl. hierbei oben §. 1482. den Text zu Note 12. der zweiten Centurie S. 202.

91) L. 20. §. 3. D. *fam. erc.* L. 33. *eod.* („Si pater-

Digitized by Google

denn auch mehrere dieser Stellen ausdrücklich der Vertheilung einzelner Vermögensobjekte und Schulden erwähnen [92]). Und selbst wenn Constantins Bestimmung: ein beabsichtigtes, aber unvollständiges Testament soll als divisio parentum aufrecht erhalten werden [93]), so verstanden werden könnte: auch alsdann, wenn darin keine Zutheilung von einzelnen Vermögensobjekten, sondern gewöhnliche Erbenernennungen zu finden sind — (was doch jedenfalls sehr zweifelhaft ist) — so würde diesem Recht durch Justinians Vorschriften derogirt seyn. Nicht nur wird hier durchaus bestimmt zwischen der Erbeinsetzung in einem test. parentum und einer bloßen Erbtheilung unterschieden, sondern es ergiebt sich auch aus einzelnen Aeußerungen, daß der Kaiser für die letztere eine Vertheilung der Vermögensobjekte erforderte. So spricht die Nov. 18. c. 7. von einem Verzeichniß der zu vertheilenden Sachen, die Nov. 107. c. 3. von Vertheilung der Sachen, und in dem Cap. 1. dieser Novelle wird die Erbeinsetzung nach Unzien oder Erbquoten einer Vertheilung der Vermögensobjecte, so wie der Einsetzung auf res certae ausdrücklich entgegengesetzt. („Si vero — rerum voluerit facere divisionem" u. s. w.) — Eines weitern Beweises wird es wohl nicht bedürfen, daß ein Aufsatz solche Bestimmungen enthalten muß, welche Gegenstand eines Erbtheilungsgeschäfts zu seyn pflegen,

familias — — *divisionis arbitris fungi voluit*" —). L. 10. C. *eod.* L. 21. *eod.* („Si cogitatione futurae successionis *officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo* pater — — declaraverit" —).

92) L. 20. §. 3. L. 39. §. 1. u. 5. D. *fam. erc.* L. 10. C. *eod.*

93) L. 1. Th. C. *fam. herc.* L. 36. Justin. C. *eod.*

Digitized by Google

um als divisio parentum inter liberos zu gelten, es mag nun eine solche divisio gleich Anfangs bezweckt seyn, oder eine Verfügung, welche eigentlich ein Testament bedeuten sollte, als bloße Erbvertheilung aufrecht erhalten werden.

So wenig nun die divisio parentum inter liberos eigentliche Erbeinsetzungen enthalten kann, eben so wenig dürfen in derselben Enterbungen oder Ausschließungen der Notherben ausgesprochen seyn. Ist dies daher der Fall, so kann ebenfalls nicht von Erhaltung einer testamentarischen Verfügung als divisio parentum die Rede seyn, wenn sich in derselben auch eine Vermögensvertheilung finden sollte, da die Disposition eine directe Verletzung notherbenrechtlicher Befugnisse enthält[94]).

Auch Vermächtnißbestimmungen können nicht Gegenstand einer divisio parentum seyn. Soll eine Anordnung der Art als wahres Vermächtniß gelten, so muß sie entweder in einem (feierlichen oder privilegirten) Testament, oder in einem Codizill erfolgen. Zwar thut es der Giltigkeit einer solchen Disposition keinen Eintrag, wenn der Disponent die Zutheilung einzelner Objecte als Vermächt-

94) Diesem Grundsatz gemäß entschied denn auch die Frankfurter Juristenfacultät in einem von Struve (Cautel. test. c. X. §. 10.) referirten Fall: „daß die — Disposition als ein testamentum maternum nicht, sondern nur als eine divisio ab intestato zu achten, dieselbe aber wegen Exclusion der jüngsten Tochter und Instituirung der Kindeskinder, davon die Mutter noch am Leben, für ungiltig zu achten, und daher die ganze Verlassenschaft unter beide Töchter in zwei gleiche Theile zu distribuiren". Vergl. auch die Note 90. citirte Stelle.

Digitized by Google

nisse bezeichnet [95]). Dadurch erhalten sie aber noch nicht die Eigenschaft wahrer Vermächtnisse, indem deren Anordnung die Gränzen bloßer Erbvertheilungen offenbar überschreitet. (S. Nr. III. 2.)

III. Die Wirkung oder die rechtliche Bedeutung einer Erbtheilung ergiebt sich großentheils schon von selbst aus dem Vorstehenden. Es bedarf daher hier nur noch einer Zusammenstellung bloßer Folgesätze.

1) Da das unvertheilt Gebliebene unter die sämmtlichen Erben vertheilt wird, so kann hierbei von einem jus accrescendi natürlich nicht die Rede seyn [96]).

2) Die den einzelnen Erben zugetheilten Sachen bekommen diese freilich Kraft der Anordnung des Disponenten, und, soferne keine Gleichheit beobachtet ist, erhalten diejenigen, denen mehr zugetheilt ist, wie den Uebrigen, dieses Mehrere als ein praecipuum. Deßhalb darf aber die Meinung für richtig nicht gehalten werden: divisionem a parente factam instar esse praelegati, so viele Anhänger sie auch stets gefunden hat [97]). In einem privilegirten Testamente können ohne Zweifel Prälegate angeordnet werden, allein nicht in bloßen Erbtheilungsgeschäften. (S. die vor. Nummer a. E.) Der Unterschied aber zwischen einem bloßen Präcipuum und einem eigent-

95) Vergl. L. 33. D. *fam. erc.*

96) Euler l. l. §. 83. in f. p. 91.

97) Ausdrücklich für die gemeine Meinung erklärt dies Brunnemann comment. in Cod. ad L. 14. C. *fam. erc.* Nr. 10. Wildvogel Diss. cit. p. 88. u. Th. 21. p. 36. Auch die Neueren, wenn sie sich überhaupt hierüber erklären, pflichten dieser Ansicht bei. So Frankenfeld diss. cit. §. 11. p. 22. Höpfner Comment. §. 460. a. E. Thibaut §. 846.

Digitized by Google

lichen Vorvermächtniß ist practisch gewiß nicht unbedeutend. Denn a) hat es Einfluß auf die Frage: ob die Miterben außer dem Pflichttheil auch noch die Falcidische Quart abziehen dürfen? Aus dem Gesichtspunkt einer bloßen Erbtheilung beobachtet ist dies zu verneinen, da hier es genügt, wenn Jeder nur seinen Pflichtheil frei hat, wogegen, wären die durch Erbtheilung festgesetzten Praecipua wahre Prälegate, es wenigstens bestritten ist, ob nicht außerdem noch die Falcidische Quart abzuziehen sey[98]). — b) Einem Legatar hat der Erbe in der Regel die Eviction nicht zu gewähren, also auch der Miterbe dem Prälegatar nicht, wogegen selbst Kinder, zwischen welchen Vater oder Mutter die Erbschaft getheilt haben, der einzelnen Sachen halber einander zur Gewährleistung verpflichtet sind[99]).

3) Ist nun die Verfügung nach Form und Inhalt als divisio parentum inter liberos zu beobachten, so hat auch eine Anfechtung derselben darum nicht Statt, weil sich das eine oder das andere der Kinder darin über-

98) Vergl. mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 759. Note 6.

99) L. 77. §. 8. D. *de legat. II.* Diese Stelle enthält zugleich noch eine indirecte Bestätigung der Richtigkeit unseres Satzes, — nämlich, daß die Bestimmung eines Präcipuum in einer Erbtheilung nicht die Natur eines Prälegats habe: „Evictis praediis, *quae pater — — verbis fideicommissi filio reliquit, nulla* cum fratribus et coheredibus *actio erit*; *si tamen inter filios divisionem fecit*“ u. s. w. — Vergl. L. 33. D. *fam. erciscund.* (S. Bd. XI. d. Comment. §. 734. S. 109. fg.) — Gegen die obige Meinung erklärt sich auch *J. N.* Hertius Diss. de praelegatis. §. 5. (Opuscul. Vol. I. Tom. 3. p. 210.)

Digitized by Google

gangen, oder im Pflichttheil verletzt findet. Denn es kann Niemand für präterirt gehalten werden, wenn die Verfügung, worin er nicht berücksichtigt ist, überhaupt nicht als Testament gilt und wenn alle gesetzlich zur Succession Berufenen vom Erblasser auch als Erben gedacht werden [100]). Eine bloße Verkürzung des Pflichttheils durch die Zutheilung würde auch, wenn sie in einem eigentlichen Testamente erfolgt wäre, nicht zur Anfechtung der Disposition berechtigen, sondern lediglich ein Grund seyn, die Ergänzung des Pflichttheils mittelst der actio ad supplendam legitimam zu fordern. Genau genommen darf man in unserem Falle auch nicht einmal von dieser Klage hier sprechen, sondern muß die Erbtheilungsklage (actio familiae erciscundae) für die hier allein zulässige halten [1]).

4) Nach Röm. Recht ist nun der Erblasser an die Verfügung überall nicht gebunden, — er kann sie zu jeder Zeit und zwar durch jegliche Willenserklärung wieder aufheben [2]). Anders verhält es sich, wenn die Erbtheilung durch einen förmlichen Vertrag zwischen Ascendenten und Descendenten errichtet ist (was nach Röm. Recht nicht angeht). Vorausgesetzt wird dabei natürlich, daß der Vertrag auf gesetzlich giltige Art zu Stande gekommen sey, — es dürfen die Kinder also mit dem Vater nicht

100) Wildvogel Diss. cit. Th. XXIII.

1) Euler l. l. §. 88. in f. — Die Praktiker bezeichnen die Klage übrigens gewöhnlich als actio ad supplendam legitimam. So Wernher observ. P. IX. obs. 208. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. Bd. II. Nr. 54. Nr. 5.

2) Frankenfeld Diss. cit §. 15. a. E. Schröder l. l §. 25. Euler §. 89.

Digitized by Google

paciscirn, ohne wenigstens quoad hunc actum aus der väterlichen Gewalt entlassen zu seyn, und minderjährigen Kindern muß ein Vormund bestellt werden. Unter dieser Voraussetzung aber besteht das Geschäft für alle Theile als ein unwiderrufliches [3]). — Welche Wirkung hat aber für die Kinder unter sich die Unterschrift derselben? Allerdings liegt darin von ihrer Seite eine Anerkennung der Theilung und in dem Gesetze heißt es ausdrücklich: die Kinder genehmigen die Theilung, sie bekennen, daß Alles sich auf gehörige Weise verhalte und das Vertheilungsgeschäft werde dadurch sicher gestellt [4]). In der That kann dies nichts anders bedeuten, als: unter ihnen selbst steht die Sache fest, sie können die Vertheilung nicht weiter anfechten, selbst nicht wegen etwaniger Verletzung im Pflichttheil, — versteht sich, soferne nicht aus besonderen Gründen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen möglich ist. — Zwar verwirft das Röm. Recht Erbverzichte nicht nur überhaupt [5]), sondern insbesondere auch solche Verträge, wodurch man auf sein Notherbenrecht verzichtet [6]). Indessen darf man nicht vergessen, daß in der Unterschrift der Theilungsurkunde durch die Kinder überall kein Vertrag mit dem Vater liegt (s. den Text zur Note 82. dieses §.), ein Vertrag zwischen den künf-

3) Hellfeld in diesem §. Wernher lectiss. comment. *h. t.* p. 714. und die in der vor. Note angef. Dissertationen von Frankenfeld und Schröder.

4) Nov. 107. c. 3. Vergl. Nov. 18. c. 7.

5) L. ult. D. *de suis legit.* (XXXVIII. 16.) L. 3. C. *de collat.* (VI. 20.)

6) L. 35. §. 1. C. *de inoff. test.* (III. 28.) — Vergl. Bd. 35. d. Comment. S. 437. fg. Nr. I.

Digitized by Google

tigen Erben aber in Ansehung dessen, wie es mit der Erbvertheilung gehalten werden solle, kann nicht als Erbverzicht betrachtet werden; wenn man daher die Kinder gegen einander dadurch für gebunden erklärt, so wird im Grunde nur die allgemeine Regel zur Anwendung gebracht, daß vertragsmäßige Verfügungen über die Erbschaft eines Lebenden mit Zustimmung des künftigen Erblassers an sich giltig und bindend seyen [7]).

§. 1484.

4. Das s. g. *testamentum rure confectum* oder *rusticanorum* *).

Dies Privilegium ist durch eine Constitution Justinians aus dem J. 534. eingeführt [8]), die ihrer unbestimmten Fassung wegen zu manchen Zweifeln Veranlassung gegeben hat, besonders in Beziehung auf die Frage: welche Personen dies Privilegium anzusprechen haben, — ob nur die eigentlichen Bauern, oder alle Landbewohner, oder alle, welche auf dem Lande ein Testament errichten? Es wird indessen zweckmäßig seyn, vor der Erörterung dieser Frage den Inhalt des Gesetzes, d. h. den Inhalt des Privile-

7) L. 30. C. *de pact.* — S. oben den Text zur Note 83. dieses §.

*) *Sam.* Stryk Diss. de testamento rusticorum. Frf. 1684. (in collect. Diss. Frf. Vol. II. Nr. 20.) — Marezoll über das s. g. testamentum rusticorum im Arch. für civilist. Praxis. Bd. IX. Nr. 15. Fritz das testamentum ruri conditum in Deutschland; in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. V. Nr. 2. Emminghaus im Arch. für civilist. Praxis. Bd. XIX. Nr. IX.

8) L. ult. C. *de testam.*

Digitized by Google

giums darzulegen. — Nachdem der Kaiser bestimmt hat, daß in Städten alle Solennitäten zu beobachten seyen, welche regelmäßig zu einem giltigen Testament erfordert werden, fährt er also fort: „In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur hominus literati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, *ita tamen, ut, ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat.* Ubi autem non inveniuntur literati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque *modis omnibus* testes adhiberi jubemus; *minus autem nullo modo concedimus.* Si vero unus, aut duo, vel plures fuerint literati, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam interponere, sic tamen, *ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem,* et maxime, quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, *et hoc post mortem jurati deponant.* Quod igitur quisque rusticorum sic, ut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat."

Also: vor weniger als 5 Zeugen soll ein Testament nie errichtet werden dürfen, auch wenn nicht so viele zu haben gewesen sind. Ferner: ist die regelmäßige Anzahl von 7 Zeugen zu haben, so müssen sie zugezogen werden. Aehnliches gilt von den Unterschriften: so viele Zeugen, als schreiben können, müssen unterschreiben, doch gilt das Testament, wenn auch nur Einer für sich und die übrigen

Digitized by Google

Zeugen, jedoch in deren Gegenwart, unterschreibt, falls nicht mehrere schreibkundig sind und Alle den Inhalt des letzten Willens kennen, um darüber nach des Testirers Ableben eidlich aussagen zu können. — Dabei ist denn noch von einer antiqua consuetudo die Rede, welche der Gesetzgeber, jedoch unter den in der Constitution enthaltenen Modificationen, bestätigt. Worin nun jener alte Gebrauch bestand? läßt sich mit Sicherheit nicht ermitteln. Zweifelhaft ist auch, ob derselbe noch neben den im Gesetz enthaltenen Bestimmungen bestehen, oder ob diese an dessen Stelle treten sollen. Ersteres nimmt Marezoll an: Justinian habe die bisherigen Gewohnheiten bestätigt, zugleich aber verordnet, daß außer den Formen, welche die Ortsgewohnheit mit sich bringe, auch noch die in dem Gesetz enthaltenen Vorschriften beobachtet werden sollen[9]). Von allgemeinen oder überall gleichförmigen Gewohnheiten spreche der Kaiser nicht, sondern nur von localen Gewohnheiten[10]). Die practische Anwendbarkeit des Grundsatzes, daß neben der gesetzlich bestimmten Form auch noch die gewohnheitsrechtliche zu beobachten sey, werde mithin durch unsere Unbekanntschaft mit den Gewohnheiten, worauf der Gesetzgeber hinweise, keineswegs gehindert; es komme darauf an, ob und welche besondere gewohnheitsrechtliche Form sich irgendwo auf dem Lande gebildet habe, und diese sey denn mit der in dem Gesetz vorgeschriebenen Form zu verbinden. Darnach will er denn die Frage beantwortet wissen: ob auf dem Lande neben der Unterschrift der Zeugen noch eine Untersiegelung und

9) Marezoll a. a. O. S. 305. u. 307. 313. (§. 4.) S. 314. 315. (§. 5.)

10) Marezoll a. a. O. S. 306.

Digitized by Google

Besiegelung, ferner, ob die Unterschrift des Testirers selbst, ob unitas actus temporis nöthig sey[11])? — Läßt sich nun auch eine solche Anwendung des Gesetzes als möglich denken, so drängen sich nichtsdestoweniger sehr starke Zweifel wieder diese Ansicht auf. Wie wenn z. B. an einem Orte unter Landleuten die Gewohnheit bestände, letztwillige Verfügungen vor dem Richter zu verlautbaren? Soll denn nach Justinians Vorschrift außerdem noch das beobachtet werden, was das Gesetz vorschreibt? Höchst wahrscheinlich wird Jedermann dies verneinen. Dadurch verliert aber die Meinung von einem Nebeneinanderbestehen einer gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Form allen Halt- und Stützpunct. Wenn man indessen auch die Einschränkung zuläßt, daß unser Gesetz überall nur auf Privattestamente zu beziehen sey (wie denn dies freilich wohl keinen Zweifel leidet), so bleiben doch die jener Meinung entgegentretenden Gründe die nämlichen. Denn wäre durch Gewohnheitsrecht eine außerordentliche dem gemeinen Recht unbekannte Form aufgekommen[12]), so würde der Gesetzgeber die Testamente der Landleute noch strengeren Bedingungen unterworfen haben, wie die der Städte, was doch sicher seine Absicht nicht war! Wie man aber hierüber auch denken möge, — in jedem Falle dürfte der Marezoll'schen Meinung practische Brauchbarkeit für das heutige Recht abzusprechen seyn. Denn gewiß kann Justinian nicht bezweckt haben, die derogirende Kraft künftiger Gewohnheitsrechte im Voraus zu beschränken! Ist man aber hiermit, sowie mit der derogirenden Kraft eines Gewohnheitsrechts einverstanden, so wird man auch

11) a. a. O. S. 313. a. E.

12) Auch auf solche Fälle will Marezoll seine Ansicht angewandt wissen, a. a. O. S. 313.

Digitized by Google

zugeben müssen, daß eine späterhin aufgekommene gewohnheitsrechtliche Testamentsform dem Justinianischen Gesetze derogire, — nicht blos neben demselben, als die darin aufgestellte Form ergänzend und erweiternd, bestehe, sondern als selbstständiges Recht gelte [13]).

13) Schon Stryk Diss. cit. cap. III. nr. 57. sqq. hat sehr gut ausgeführt, daß durch Gewohnheit z. B. das Recht aufkommen könne, Testamente vor weniger als 5 Zeugen zu errichten. Zwar habe der Kaiser die in Ansehung der Testamentsform auf dem Lande bestehenden Gewohnheiten nur unter den von ihm bestimmten Einschränkungen bestätigt; da indessen das Gesetz nicht von künftigen Gewohnheiten spreche, so dürfe man dessen Bestimmungen auch darauf nicht beziehen. Vergl. Wächters Recension der Marezoll'schen Abhandl. in der (Tübinger) kritischen Zeitschrift für Rechtsw. Bd. II. H. II. S. 172. a. E. fgg., welcher sich ebenfalls gegen Marezoll erklärt, indessen Stryk's Grund nicht gelten lassen will, indem derselbe nicht Justinians Gesetz und dessen practische Giltigkeit, sondern mit der Streitfrage über Recht einer consuetudo legi contraria zusammenhänge. Allein wenn auch die derogirende Kraft als Regel angenommen werden muß, so ist es doch von großer Bedeutung, ob der Gesetzgeber sagen wollte: Gewohnheiten sollen stets nur neben diesem Gesetz nicht wider dasselbe anerkannt werden, oder ob er hierüber nichts bestimmt hat, in welchem Falle es natürlich bei der Regel bleibt. Insofern gehört also Stryk's Grund allerdings hieher. Fritz in der angef. Abhandl., welcher im Allgemeinen die Marezoll'sche Ansicht billigt, ist doch auch der Meinung, daß davon bei uns kein Gebrauch gemacht werden könne, da der Kaiser nur solche Gewohnheiten im Auge gehabt, die sich damals in einzelnen Gegenden gebildet hätten, nicht aber auch über die Frage: in wiefern sich gegen das Gesetz ein Gewohnheitsrecht bilden könne? Bestimmungen zu treffen beabsichtigt habe; S. 31. 32. §. 6.

Digitized by Google

In der That liegt aber die Voraussetzung sehr nahe, daß Justinians Sanction ihrem Inhalte nach mit der Gewohnheit, die er vor Augen hatte, genau zusammenhängt. Vielleicht hatte der auf dem Lande öfter eintretende Mangel der gehörigen Anzahl von Zeugen oder schreibkundiger Zeugen den Gebrauch erzeugt, daß es mit der Zahl oder den Unterschriften nicht genau zu nehmen sey. Dies bestätigt nun Justinian insofern, als in Nothfällen eine geringere Anzahl genügen könne, auch nicht die Unterschriften aller Zeugen erforderlich sey; nur dürften nie weniger als 5 Zeugen vorhanden seyn u. s. w.[14]). Noch besser erklärt sich Alles, wenn wir annehmen, daß man auf dem Lande die neuere Testamentsform, welche 7 Zeugen erforderte, wenigstens nicht allenthalben beobachtete, sondern die spätere civile Testamentsform — Zuziehung von 5 Zeugen ohne Mancipation, jedoch mit voller Nuncupation des Inhalts der tabulae testamenti[15]). Hieraus erklärt es sich nämlich am einfachsten, wodurch der Gesetzgeber gerade auf die Zahl von 5 Zeugen geführt wurde; er sagt also: ich bestätige die hier und da sich findende alte Gewohnheit, vor 5 Zeugen zu testiren, als ein allgemeines Gesetz für die Testamente der *Rusticani*, jedoch unter

14) Wächter a. a. O. S. 171.

15) Dernburg Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente §. 29. 30. S. 252. fgg., welcher übrigens der Meinung ist, daß tabulae testamenti nicht einmal erforderlich gewesen seyen, wenn nur die Nuncupation erfolgte, was wir hier auf sich beruhen lassen können. Vergl. Schilling Bem. über Rechtsgesch. S. 375. fg. S. 427. Note * u. v. Löhr im Arch. für civilist. Praxis Bd. VI. S. 336. Note 23.

Digitized by Google

den nachfolgenden Modificationen, daß u. s. w.[16]).

Schon nach dieser Auffassung der gesetzlichen Vorschrift wird es nicht bezweifelt werden dürfen, daß andere, gemeinrechtlich zu beobachtende Testamentssolennitäten (außer der Zahl der Zeugen und den Unterschriften) auch dem Testament eines Rusticanus nicht fehlen dürfen, als da sind: Einheit der Zeit und der Handlung, Besiegelung oder Untersiegelung, Unterschrift des Testirers oder eines besonderen Zeugen (subscriptor) für denselben. Der Gesetzgeber führt ja nicht etwa eine besondere Form für diese Testamente ein, sondern er läßt von den gemeinrechtlichen Erfordernissen nur etwas nach, so daß mithin nur gefragt werden kann: was ist nachgelassen? im Uebrigen aber es bei der Regel bleiben muß. Eine Bestätigung erhält dies dadurch, daß ja nur für den Nothfall, wenn die regelmäßigen Solennitäten nicht beobachtet werden können, etwas erlassen ist, für die nicht erwähnten Solennitäten aber ein solcher Nothstand nicht leicht eintreten kann[17]). Zwar ist es eben so leicht mög-

16) Dernburg a. a. O. S. 264. fg. Note 45. u. besonders Puchta in seiner Rec. von Marezoll's Aufsatz, in Schunck's Jahrbüchern der juristischen Literatur Bd. VI. S. 3. 4.

17) Marezoll meint zwar, daß es auf dem Lande große Schwierigkeiten haben könne, die Anzahl von Zeugen, welche überhaupt aufzutreiben seyen, gleichzeitig zu versammeln, und hält es demnach nicht für unwahrscheinlich, daß Justinian auch einen Mangel der Einheit von Zeit und Ort nicht für einen wesentlichen erachtet habe; a. a. O. S. 314. Schwerlich aber hat der Gesetzgeber einen solchen, gewiß nur unter ganz besonderen Umständen eintretenden Fall be-

Digitized by Google

lich, daß der Testirer nicht schreiben könne, als daß sich unter den Zeugen Schreibunkundige befinden. Wenn indessen der Testirer Jemanden findet, der das Testament niederschreibt, so kann er sich desselben auch subscriptor bedienen, unter der Voraussetzung also, daß es für ihn überhaupt möglich ist, schriftlich zu testiren, muß ihm auch die Beobachtung dessen möglich seyn, was die Gesetze bei einem schriftlichen Testament von dem Testirer verlangen [18]).

Ist aber auch ein mündlich vor 5 Zeugen errichtetes Testament giltig, wenn nicht mehrere zu haben sind? Zweifelhaft könnte dies einigermaßen werden, wenn es feststände, daß die von Justinian in Bezug genommene Gewohnheit auf Befolgung der neueren civilrechtlichen Testamentsform ging, dazu aber eine schriftliche Testamentsurkunde erforderlich gewesen sey (s. die Note 15.). Indessen wäre dies auch der Fall, so würde doch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden dürfen, daß ein vor 5 Zeugen errichtetes mündliches Testament nach Justinians Gesetz für ungiltig nicht zu achten sey [19]). Denn es heißt: „usque ad quinque *modis omnibus testes adhiberi sanci-*

rücksichtigen wollen, wegen der bloßen Möglichkeit aber, daß er ihn vor Augen gehabt habe, dürfen wir die Schranken, welche einer auf sicheren Grundlagen beruhenden Interpretation gesteckt sind, nicht überschreiten. Auch giebt M. selbst zu, daß man Justinians Meinung mit Sicherheit nicht erkennen könne und seine deßfallsige Aeußerung bloße Vermuthung sey.

18) S. Wächter in der angef. Rec. S. 171. a. E. fg.

19) Die älteren Juristen nehmen dies meistens ohne Bedenken an; s. Struyk Diss. cit. c. 3. nr. 29.

Digitized by Google

mus“ [20]). Und dieser Satz wird keineswegs in der Verbindung ausgesprochen, daß schreibunkundige Zeugen neben anderen, welche schreiben können, zugezogen werden können, sondern der Zusammenhang ist folgender: wenn sich überall keine Schreibkundigen finden, so mag der Testirer vor 7 Zeugen mündlich seinen letzten Willen erklären, finden sich aber auch keine 7 Zeugen, so genügen fünf. Erst hierauf kommt er auf das, was bei einem schriftlichen Testament zu beobachten sey: und in dieser Beziehung verordnet er, daß im Nothfall auch die Unterschrift eines einzigen Zeugen genüge, vorausgesetzt, daß die Zeugen mit dem Inhalte des Testaments bekannt gemacht werden. Nur darüber könnte allenfalls noch ein Zweifel entstehen, ob nicht, wenn auch nur Einer schreiben kann, das Testament schriftlich errichtet werden müsse, oder ob auch in diesem Falle die mündliche Erklärung vor 5 Zeugen gelte? Daß nun der Kaiser vorzugsweise schriftliche Testamente und den auf dem Lande nicht ungewöhnlichen Fall vor Augen gehabt habe, daß nicht alle Zeugen schreiben können, ist wohl außer Zweifel. Indessen kann dies kein Hinderniß seyn, die allgemein ausgesprochenen dispositiven Worte des Gesetzes auch in allgemeiner Beziehung zu verstehen und anzuwenden. Jedenfalls ist aber die Zulässigkeit eines mündlichen Testaments vor 5 Zeugen nach der Bestimmung der Notariatsordnung von Maximilian I. außer Zweifel; daselbst heißt es ganz allgemein und ohne daß von schriftlichen Testamenten überall die Rede ist: „auf dem Gau, wo Bauerleute Testa-

20) Aus diesem Grunde hält auch Marezoll (a. a. O. S. 310. Note 19.) das mündliche Testament vor 5 Zeugen im Nothfall für zulässig. A. M. ist Fritz a. a. O. S. 26.

Digitized by Google

ment machten und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs wenigst fünf Zeugen"[21]).

Noch sind aber einige andere, den Inhalt dieses Testamentsprivilegiums betreffende Puncte zu berücksichtigen: Erstlich die Bestimmung: ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem. Bezieht sich dies lediglich auf die Zeugen, für welche ein anderer unterschreibt, oder auch auf diesen mit? Gemeint sind gewiß nur jene — es soll gewissermaßen den Mangel der eigenhändigen Unterschrift ersetzen, daß solche Zeugen im Stande sind, den Inhalt des Testaments zu bezeugen. Außer allem Zweifel ist es aber nicht für genügend zu achten, wenn sie mit demselben irgendwie und zu einer beliebigen Zeit bekannt gemacht werden; damit Jemand, der weder lesen noch schreiben kann, den Inhalt einer letztwilligen Verfügung zu bezeugen im Stande sey, muß er nothwendigerweise mit demselben bei dem Testamentsact bekannt gemacht seyn[22]). Ob durch Verlesen eines schriftlichen Aufsatzes, oder durch mündliche Erklärung, — das ist einerlei, nur in Gegenwart Aller muß die Bekanntmachung geschehen, indem sonst die Einheit der Testamentshandlung unterbrochen seyn würde; darauf deuten selbst die Worte des Gesetzes hin: „liceat eis, pro ignorantibus literas, *praesentibus tamen*, subscriptionem suam interponere. *Sic tamen*, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem." Also: die Unterschrift soll in Gegenwart Aller erfolgen, und zwar müssen die Zeugen von dem Inhalt der Verfügung in Kenntniß gesetzt werden.

21) Tit. von Testamenten §. 2. — Vergl. Fritz a. a. O. §. 3. 4.

22) Vergl. Marezoll a. a. O. S. 309.

Digitized by Google

Es wird also auch der schreibkundige Zeuge durch das nämliche Mittel mit dem Testament bekannt werden; nur darf ihm keinen Falls eine wirkliche Bestätigung desselben angesonnen werden, da er es bereits durch seine Unterschrift bekräftigt hat[23]).

Wie aber, wenn der Testirer eine von ihm oder einem Dritten geschriebene Testamentsurkunde als schriftliches Testament zur Vollziehung bringen will, sich aber findet, daß keiner der Zeugen schreiben kann, und er sich deshalb mit einer Verlesung der Schrift vor den versammelten Zeugen begnügen muß? Als schriftliches Testament kann hier die Disposition gewiß nicht gelten, da dessen Kraft hauptsächlich auf der Unterschrift von Zeugen beruht. Eine andere Frage ist, ob sie überhaupt bestehen kann? Die Erfordernisse eines mündlichen Testaments hat sie, sobald die Zeugen bei dem Testamentsact mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden, indessen kann das nicht für genügend erachtet werden, wenn die Absicht des Testirers entschieden darauf gerichtet war, daß sein Testament ein schriftliches seyn und als solches gelten solle[24]). Nur wird im Zweifel angenommen werden müssen, daß er seinen Willen geändert habe, wenn sich der gehörigen Vollziehung eines schriftlichen Testaments Hindernisse in den Weg stellen, und nunmehr der Testirer die Vollziehung in einer Art vornimmt, wonach es auch als mündliches bestehen kann[25]). Es ist auch noch die Meinung auf-

23) Vergl. Stryk Diss. cit. C. III. nr. 16—25.

24) S. Marezoll a. a. O. S. 311. Vergl. Band 38. d. Comment. S. 408—411. Ferner §. 1476. dieses Bandes Note 63.

25) Vergl. Band 35. d. Comment. §. 1418. S. 29. fg. und §. 1482. dieses Comment. Note 74. und daselbst S. 188.

Digitized by Google

gestellt, daß durch die Bestimmung der Not. Ordnung, wonach auch das mündliche Testament vor 5 Zeugen gelte, die Vorschrift des römischen Rechts: es genüge bei schriftlichen Testamenten die Unterschrift auch eines einzigen Zeugen, unpractisch geworden sey. Denn da in einem Falle, wo nicht alle Zeugen schreiben können, der Inhalt des letzten Willens offen zu erklären sey, so bestehe jedenfalls das Testament als mündliches, die Unterschrift eines oder einiger Zeugen nütze ihm nichts, sey aber auch unschädlich, nach der Regel: superflua non nocent[26]). Indessen, könnte es auch für richtig gehalten werden, daß die Möglichkeit, mündlich vor 5 Zeugen zu testiren, erst durch das Reichsgesetz eingeführt sey[27]), so müßte man jene Ansicht nichtsdestoweniger für unrichtig erklären. Es ist einmal fest ausgesprochen: ein Testament gilt als schriftliches, wenn auch nur ein Zeuge es für sich und seinen Mitzeugen unterschrieben hat; jedenfalls kann also ein Zweifel darüber nicht angeregt werden, ob der Testirer es als mündliches habe gelten lassen wollen oder nicht? wenn sich ein solches Testament findet. Wir dürfen daher nicht sagen, es sey deßhalb, daß in einem solchen Falle die Zeugen den Inhalt des Testaments kennen müssen, dem practischen Effect nach gleichgiltig, ob man dasselbe als schriftliches oder als mündliches Testament bezeichnet.

Bei älteren Juristen war die Meinung ziemlich verbreitet: wenn auch sechs Zeugen zu haben wären, so genüge dennoch die Zuziehung von 5; indem das Gesetz nur 7 oder 5 Zeugen verlange[28]). Diese Meinung ist aber

26) Fritz a. a. O. §. 5.

27) S. darüber oben S. 252.

28) Strykk Diss. cit. C. III. nr. 33. sqq. u. die das. angef. Schr.

Digitized by Google

im höchsten Grade willkührlich. Sagt das Gesetz: eigentlich sind 7 Zeugen erforderlich, doch sollen auch weniger genügen, wenn nicht so viele zu haben sind, nur nie unter fünf, — so versteht es sich wohl von selbst, daß stets so viele als unter der Zahl sieben zu bekommen sind, zugezogen werden müssen.

Wenden wir uns jetzt zu der Frage: welchen Personen das Recht zustehe, auf die in dem Gesetz verstattete Art zu testiren? Es wird hiezu erforderlich seyn, daß wir die Eingangsworte der Constitution vor Augen haben. Sie lauten so: „Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus *semper rusticitati consultum est*, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit, *homines rusticani*, et *quibus non est literarum peritia*, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideoque ad dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem *eorum simplicitati subvenire*.“ — Nach diesem Eingange muß man etwas ganz Anderes in dem Gesetze erwarten, als man findet. Zuerst ist die Rede von der Einfalt und Rechtsunerfahrenheit schlichter Landbebauer und den besonderen Rechten, welche dadurch veranlaßt seyen. Plötzlich springt der Kaiser ab auf die Schwierigkeit, die gehörige Anzahl fähiger und schreibkundiger Zeugen auf dem Lande zu finden und bauet hierauf die Vorschrift: daß im Nothfall, oder wenn die regelmäßigen Solennitäten nicht beobachtet werden könnten, einiges davon nachgelassen seyn solle. Was hat denn dies zu thun mit der Einfalt und Rechtsunerfahrenheit des Stan-

Digitized by Google

des, dem dadurch eine Erleichterung gewährt werden könnte? Denn sind sieben fähige Zeugen vorhanden, so müssen sie zugezogen werden, mag der Testirer gewußt haben, was zu einem förmlichen Testament gehöre oder nicht [29]). Diese ratio legis müssen wir daher ganz auf sich beruhen lassen, da sie dem Inhalt des Gesetzes nicht entspricht [30]). Dagegen fließt derselbe folgerecht aus der zweiten ratio: es finden sich nicht immer sieben Zeugen auf dem Lande. Allein hieraus würde auch zugleich folgen, daß nicht blos Landleute, sondern auch Städter, die zufällig auf dem Lande verweilen und in die Lage kommen hier ein Testament zu machen, dasselbe Privilegium in Anspruch nehmen dürfen [31]). Dazu aber paßt wieder nicht die Bezeich-

29) Was Marezoll a. a. O. S. 303. Nr. 4. wie es scheint zur Rechtfertigung Justinians anführt, daß nämlich der Kaiser den Hauptpunkt der bei Landleuten sich findenden Unwissenheit in die so häufige Schreibunkunde dieser Menschenklasse setze, kann unmöglich dafür gelten, da ganz offenbar von Privilegien der Rechtsunwissenheit die Rede ist und daß auch durch dies Gesetz der simplicitas hominum rusticanorum zu Hülfe gekommen werden solle. Nur erklärt wird es einigermassen dadurch, wie der Gesetzgeber von Einem auf das Andere gekommen ist: auf dem Lande finden sich selten viele Schreibkundige und ist die Unwissenheit der Landleute schon der Grund mancher Privilegien für dieselben geworden. Es soll daher auch der Landbewohner nicht unter der Unwissenheit seiner Mitbewohner leiden u. s. w.

30) S. meine Pand. Bd. I. §. 65. zu Note 6.

31) Diese Meinung wird auch von Manchen angenommen, vorausgesetzt, daß für den Testirer ein wirklicher Nothstand eintritt, der ihm das Testiren an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsorte unmöglich macht. Bei den älteren Juristen war

Digitized by Google

nung der Personen durch Rusticani oder homines rustici. Darunter können nur die regelmäßig auf dem Lande lebenden Individuen — Landleute — im Gegensatz der Stadtbewohner (urbani) verstanden werden, gleichviel ob sie eigentliche Bauern sind, oder nicht[32]). Daß überhaupt Landbewohner gemeint seyen, ergiebt sich auch theils aus dem unmittelbar vor den Dispositivworten des Gesetzes sich findenden Gegensatz der Stadtbewohner[33]), theils aus einer beiläufig in einem anderen Gesetze enthaltenen Erwähnung dieses Testamentsprivilegiums, wo nämlich die Testamente quae in civitatibus und die quae in agris fiunt einander entgegengesetzt werden[34]). Daß wir das Wort rusticani homines in dieser weiteren Bedeutung zu nehmen haben, wird denn auch durch die ratio legis unterstützt, nämlich durch den oftmals auf dem Lande sich findenden Mangel der gehörigen Anzahl von Zeugen[35]), weß-

sie sehr gewöhnlich, wenngleich schon Struv sich bestimmt dagegen erklärt, Diss. cit. cap. II. §. 28—31. Von Neueren vertheidigen sie unter Anderen Höpfner Comment. §. 462. Nr. 1. u. v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 485. Daher auch der Name: testamentum ruri conditum; s. auch Günther princip. §. 779. u. Hellfeld in diesem §. Die beiden zuletzt genannten Schriftsteller scheinen dies Recht nicht einmal von einem Nothstande abhängig zu machen.

32) S. Forcellini Lexic. v. *Rusticanus*. Vgl. Puchta in der angef. Rec. S. 2.

33) L. ult. C. *de test.* „Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et literarum viget scientia" u. s. w.

34) Nov. 73. c. 9.

35) Dies Alles ist sehr gründlich ausgeführt von Marezoll

Digitized by Google

halb denn nicht zu bezweifeln ist, daß auch Landedelleute und andere dem gebildeten Stande angehörige Landbewohner auf das Privilegium einen Anspruch haben[36]). Dennoch beschränken nicht Wenige es auf eigentliche Bauern[37]), wofür auch der Ausdruck unserer Notariatsordnung zu sprechen scheint: „auf dem Gau, wo Bauerleute Testament machten." Allein da die Notariatsordnung offenbar hier eine Bestimmung des römischen Rechts wiederholen will, so kann der Gebrauch des Ausdrucks Bauerleute nicht entscheidend seyn, abgesehen davon, daß dieser Ausdruck an und für sich nicht bestimmt genug ist, um ihn gerade auf den eigentlichen Bauernstand beschränken zu müssen[38]).

Wem liegt nun aber die Beweislast ob, wenn zur Frage steht: ob da, wo das Testament errichtet wurde, die gesetzmäßige Anzahl von Zeugen zu erhalten, und ob alle zugezogenen Zeugen schreibkundige gewesen seyen? Dafür, daß derjenige, welcher sich auf ein solches Testament beruft, den Beweis führen müsse, es hätten die gesetzlichen Erfordernisse nicht beobachtet werden können, haben

in der angef. Abhandl. §. 2., dessen Meinung auch von den meisten Neueren gebilligt wird. S. Wächter in der angef. Rec. S. 168. Puchta in der angef. Rec. S. 1. Meine Pand. §. 697. Nr. 2. Note 2. Göschen Vorlesungen Bd. V. §. 902. S. 302.

36) Strvk Diss. cit. c. II. nr. 22. sqq.

37) S. z. B. Hofacker princ. §. 1381. Nr. I. Thibaut Pand. §. 847.

38) S. Marezoll a. a. O. S. 304. Nr. 6, welcher das Argument geltend macht, daß sonst ja auch das militärische Testamentsprivilegium auf Ritter zu beschränken sey, indem die Notariats-Ordnung ebenfalls nur diese ernennt. S. oben S. 47.

Digitized by Google

sich vielleicht die meisten Stimmen erklärt [39]). Auch scheinen auf den ersten Anblick die überwiegenden Gründe dafür zu sprechen. Denn nur Ausnahmsweise ist von den gewöhnlichen Erfordernissen etwas nachgelassen, daß aber die eine Ausnahme von der Regel rechtfertigenden Umstände in einem vorliegenden Falle zutreffen, muß allerdings im Zweifel der beweisen, welcher sich auf die Ausnahme beruft. Dennoch giebt das Gesetz selbst Gründe an die Hand, welche für die entgegenstehende Meinung sprechen. Der Kaiser sagt nicht: von der bisher bestehenden Regel, daß ein Testament nur vor 7 Zeugen giltig errichtet werden könne, kann in dem Falle abgewichen werden, wenn nicht mehr als 5 Zeugen zu haben sind, sondern er drückt sich so aus: ich bestätige eine bisher bestandene Gewohnheit, nur mit der Modification, daß die gewöhnliche Form beobachtet werde, wenn dies möglich ist. Gehen wir nun davon aus, daß die bestätigte Gewohnheit in dem Gebrauch bestand, vor 5 Zeugen zu testiren (und dies ist nach der obigen Ausführung mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen), so ist dadurch jener Gebrauch als Regel anerkannt, mithin das Daseyn von Umständen, worauf die Modification beruht, von dem zu erweisen, welcher sich hierauf stützt [40]).

39) S. Wernher obs. T. III. P. II. obs. 348. Hommel Rhapsod. quaest. obs. 352. Marezoll a. a. O. S. 315. Nr. 2. Wächter in der angef. Diss. S. 174. Emminghaus im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIX. Nr. IX. S. 264. fg.

40) S. Stryk Diss. cit. c. III. Nr. 9. sqq. Meine Pand. §. 697. Note 2.

Digitized by Google

§. 1485.

5) Das s. g. *testamentum tempore pestis conditum.*

Auch die Lehre von dem meistens so benannten testamentum tempore pestis conditum beruht auf einer Constitution, die durch ihren dunklen und unbestimmten Ausdruck wohl der immerwährende Gegenstand von Zweifeln und Streitigkeiten bleiben wird. Sie hat zu Urhebern die Kaiser Diocletian und Maximian[41]) und lautet wie folgt: „Casus majoris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.“ — Ohne Zweifel ist es ein Rescript, mithin eine Verfügung, deren Zweck nur seyn konnte, einen anerkannten Rechtssatz auf einen vorkommenden Fall anzuwenden, oder auch ein zweifelhaftes Recht festzustellen. Indessen findet sich sonst nirgends eine Aeußerung, worauf unsere Constitution sich mit einiger Sicherheit beziehen ließe, weßhalb denn der Versuch gemacht werden muß, sie aus sich selber zu erklären, was denn meistens auch geschehen ist.

Von den verschiedenen Erklärungen möge hier zuerst diejenige genannt werden, welche seit ihrem Aufkommen die meisten Anhänger gezählt hat und noch zählt (s. die Note 42), nämlich: an einem Orte, wo die Pest oder eine andere ansteckende Krankheit herrsche, sey die Nothwendigkeit einer gleichzeitigen Zuziehung der Zeugen erlassen; es

41) L. 8. C. *de testamentis* (VI. 23.) aus dem Jahr 290.

Digitized by Google

genüge also wenn die Zeugen einzeln nach einander bei der Testamentshandlung zugezogen würden, m. a. W. das Erforderniß der s. g. unitas actus brauche nicht streng beobachtet zu werden, die sonstigen Bedingungen eines rechtsgiltigen Testaments müßten aber vorhanden seyn [42]). Diese Ansicht ist denn auch sehr gewöhnlich in die Particularrechte

42) Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. IV. Abh. IV. §. 5. S. 76. sagt von dieser Ansicht: sie fände auch unter den Neueren immer noch einige Anhänger, zu denen er denn auch mich zählt, obgleich ich sowohl in der doctrina Pandectarum als auch in dem deutschen Lehrb. (3. Aufl. §. 697. Nr. 1.) nur sage, daß man Diocletians Constitution gemeinhin so verstehe. Indessen bin ich in der That der Meinung, daß dafür auch wohl die meisten Gründe sprechen, ungeachtet ich jene Ansicht nicht so unbedingt annehme, wie sie im Text ausgesprochen ist. Ich glaube aber auch, daß sie auch noch unter den neueren Juristen die meisten Anhänger hat, wenigstens wenn man diejenigen zählt, die sich hierüber geäußert haben. Nämlich außer den von Marezoll angeführten Lehrbüchern Seuffert's (§. 529.) und Mackeldey's (§. 646.) erklären sich dafür: Westphal von Testamenten §. 830. u. 836. Köchy civilist. Erörterungen I. Sammlung Abs. III. Hellfeld in diesem §. Hofacker princ. §. 1382. Thibaut Pand. §. 648. Günther princ. §. 780. Hufeland Lehrb. des gemeinen Civilrechts §. 1337. Hartitzsch Erbr. §. 407. Haimberger röm. Privatr. Bd. III. §. 356. Göschen Vorlesungen Bd. V. §. 901. Vergl. auch Warnkönig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 998. Und von den Lehrbüchern über Institutionen nenne ich nur: Konopak §. 374. S. 484. Nr. C. J. J. Lang (Lehrb. der Instit. des röm. Rechts. 2. Aufl.) §. 415. Nr. 1. Vergl. auch die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. civ. Bd. V. S. 946.

Digitized by Google

übergegangen, so namentlich in das Sächsische[43]), das Preußische[44]), das Oesterreichische[45]). Die Vertheidiger dieser, sowie einer zweiten nachher zu erwähnenden, Ansicht, sind im Allgemeinen darin mit einander einverstanden, daß unter dem casus major ac novus contingens eine schwere, außerordentlicher Weise eintretende und ansteckende Seuche zu verstehen sey, ferner, daß der Gesetzgeber die Furcht vor Ansteckung, welche die Zeugen abhalten könne, bei der Testamentshandlung zu erscheinen, bei seiner Bestimmung berücksichtigt habe; und daß hierauf der Wortverstand ohne Zwang bezogen werden könne, darf verständigerweise nicht bezweifelt werden. Es würde hiernach der erste Satz so zu construiren seyn: Licet casus majoris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis u. s. w. aliquid de jure laxatum est u. s. w. und in folgender Art wiedergegeben werden könne: Ungeachtet bei einem außerordentlichen Unfall in Beziehung[46]) auf die Furcht der Zeugen vor Ansteckung etwas von den regelmäßigen Erfordernissen eines Testaments nachgelassen ist, muß doch die sonstige Form beobachtet werden. Mehr Schwierigkeit dagegen macht der zweite Satz. Dem Wort-

43) Const. Elect. P. III. c. 4. Vergl. Haubold Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. §. 340.

44) Allg. Landr. für die Preuß. Staaten Th. I. Tit. 12. §. 198. fg. Nur ist hier die Form, wie überhaupt für Testamente, eine andere, als sie das gemeine Recht bestimmt.

45) Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der österr. Monarchie §. 598.

46) So ist hier ohne Zweifel der Ausdruck *adversus* zu verstehen. Vergl. über diese Bedeutung die deutsche Ausg. von Forcellini Lex. v. adversus (praepos.) §. Ex superioribus patet.

Digitized by Google

verstande nach sind die Worte morbo oppressos auf die Zeugen zu beziehen. Allein da der Gesetzgeber unmöglich an Zeugen gedacht haben kann, welche selbst von der Krankheit befallen sind, deren Ansteckung gefürchtet wird, so glauben die Ausleger, welche die Lesart oppressos beibehalten wollen, es liege hierin eine Ellipse, die so aufzulösen sey: testes huiusmodi morbi terrore oppressos, bewältigt von der Furcht vor der Krankheit[47]). Andere schlagen die Emendation vor: oppressis[48]), oder,

47) So Cujacius observ. Lib. XXVI. c. 10. Köchy a. a. O. (civilist. Erört. Abs. III.) S. 127. fg. — *Jo.* Jensius in den stricturae ad Cod. ac Pand. p. m. (Rotterod. 1749.) 597. glaubt, die Constitution sey ursprünglich griechisch erlassen und im Corpus jur. nur als lateinische Uebersetzung enthalten; im Original habe ein Ausdruck gestanden, der ebensowohl oppressos als territos übersetzt werden könne (wie: ἐκπλαγέντας, betäubt, überrascht, erschreckt), der Uebersetzer aber das erste Wort gewählt. — L. F. D. Moser (dessen eigenthümliche Erklärung der Constitution unten mitgetheilt werden wird), versteht morbo oppressos geradezu metaphorisch, für: von Furcht befallen oder überwältigt (in den Versuchen über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttg. 1806. Nr. III. S. 33.), wie denn selbst Cicero den Ausdruck für animi vitium gebrauche, was freilich nicht zu läugnen, allein auf unsere Constitution schwerlich anzuwenden ist. Mit Unrecht beruft Moser sich hierbei auch auf Cujacius u. Köchy (a. a. O. S. 36.), die ja nur annehmen, daß oppressus tropisch gebraucht werde, um einen in Leidenschaft und heftiger Gemüthsbewegung befangenen Menschen zu bezeichnen und auch hier in diesem Sinne gebraucht sey, nämlich: Note s. timore oppressos testes.

48) *Fr.* Hotomani consil. LX. Nr. 2. *Dion.* Gothofredus in edit. C. j. civ. *Marq.* Freher Verisimil.

Digitized by Google

da von dem Testirer im Singular gesprochen werde: oppresso[49]), wonach denn der Gesetzgeber sagen würde: es ist dem von einer solchen Krankheit befallenen Testirer die gleichzeitige Versammlung der Zeugen erlassen. Zwar müßte nach der üblichen und besseren Constitutionsweise der infinitivus activi (jungere atque sociare) folgen, doch läßt sich allenfalls auch der Gebrauch des accusativus cum infinitivo grammatisch rechtfertigen (also: es ist dem Testirer erlassen, daß die Zeugen gleichzeitig verbunden werden); die Schwerfälligkeit oder Ungewöhnlichkeit dieser Form schließt ihre grammatische Richtigkeit nicht geradezu aus. Auch daß sich für diese Emendationen keine einzige handschriftliche Autorität findet[50]), kann nicht sehr in Betracht kommen, da sie sich durch ihre große Leichtigkeit empfehlen. In den alten Handschriften findet sich keine Bezeichnung des i durch einen Punct, auch pflegen die verschiedenen Worte nicht durch Zwischenräume getrennt zu werden; wie leicht hierbei also ein Versehen der Abschreiber möglich war, bedarf kaum der Bemerkung. Jedenfalls ist diese kleine Aenderung des Textes weniger

Lib. II. c. 2. in Ottonis thes. jur. Rom. T. I. p. 907. *Jo.* Schilter Prax. jur. Rom. in foro Germ. Exercit. ad Pand. XXXVIII. §. 132.

49) *Nic.* Catharinus observ. et conjecturar. Lib. I. c. 4. in Meerm. thes. T. VI. p. 773.

50) Die Basiliken h. l. (Tom. IV. p. 774. ed. *Faber*), worauf man sich hiefür bisweilen beruft, sind in diesem Fall für die Wortkritik wenig brauchbar, da sie den in der Stelle enthaltenen Gedanken (so wie sie ihn auffassen) nur im Allgemeinen wiedergeben. Allerdings aber haben dieselben den Fall vor Augen, wenn der Testirer selbst von der Krankheit befallen ist.

Digitized by Google

gewaltsam, als die Annahme einer Ellipse, oder wohl gar einer metaphorischen Bedeutung des Ausdrucks morbus (s. Note 47. a. E.). — Anstößig hat man auch die Wendung am Schluß gefunden: „non etiam *conveniendi numeri* eorum observatio sublata est," wofür Manche lesen wollen: convenientis numeri [51]) (d. i. der gehörigen Zahl); dazu aber paßt wieder der Ausdruck observatio nicht, wohl aber zu dem Gebrauch des Part. futuri passivi, wodurch auf eine wenigstens verständliche Weise der Gedanke ausgedrückt wird: es sey das Erforderniß der Zusammenberufung der regelmäßigen Anzahl von Zeugen zu beobachten [52]).

Auch in der Sache selbst weichen die Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht noch in einzelnen Punkten von einander ab, wovon jedoch erst nach der Darstellung der sonstigen Erklärungen des Gesetzes die Rede seyn kann.

Eine andere Auffassung des Rescripts ist die: wenn der Testirer an einer ansteckenden Krankheit danieder liege und die Zeugen sich ihm zu nahen scheuen, so genüge es, daß sie abgesondert von ihm, also in einem andern Ge-

51) Hotman l. l. (Consil. LX. Nr. 2.) Schröder observat. jur. civ. Lib. IV. c. 3. Mit Recht erklären diese Aenderung für unnöthig *Jo. Guil.* Marckart interpret. recept. jur. civ. lection. L. II. c. 16. p. 272. u. Püttmann probabil. jur. civil. Lib. singul. cap. V. nr. V. pag. 37.

52) Vergl. Jensius stricturae l. l., welcher bei obigen Worten bemerkt: ex Graeco ἡ τοῦ συνελθεῖν τὸν ἀριθμὸν αὐτῶν παρατήρησις, aut simili." Daß ein Gräcismus hierbei zu Grunde liege kann man gerne zugeben, ohne deßhalb der Meinung beizupflichten, es sey die Constitution aus dem Griechischen übersetzt.

Digitized by Google

mach, die zur Solennisirung des Testaments erforderlichen Handlungen vornehmen, wobei sie übrigens gleichzeitig versammelt seyn und handeln müssen. Diese Ansicht stützt sich auf die Interpretation der Basiliken, welche (nach der Uebersetzung von Fabrotus) so lautet: „Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eis, ut separatim ab eo testamentum signent“ [53]). Auch diese Erklärung hat von jeher vielen Beifall gefunden [54]), auch verträgt sie sich allenfalls mit dem Wortverstand der Constitution, ohne daß es nöthig ist, das *eorum* (am Schluß) in seorsum zu verwandeln [55]). — Indessen stellen sich der Anwendung dieser Theorie fast unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Zuvörderst wird dabei ein schriftliches Testament nothwendigerweise vorausgesetzt; gerade bei einer solchen Bedrängniß aber, wie hier ange-

53) Basilic. Lib. 35. Tit. 2. h. t. T. V. p. 774.

54) Angenommen wird sie von Cujacius observ. XXVI. cap. 10. Schilter prax. jur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 133—136. *Nic.* Catharinus l. l. (s. Note 59.) Jensius stricturae l. l. — Meyer zu Schweppe's röm. Privatr. Bd. V. S. 119. Note 5. v. Wening-Ingenheim §. 484. Puchta Lehrbuch d. Pand. §. 460. v. Vangerow Leitfaden Bd. II. §. 444. Nr. II. 1. S. 148. Von einigen Schriftstellern wird auch behauptet, daß die Zeugen nicht blos entfernt vom Testirer unterschreiben dürften, sondern auch jeder an einem verschiedenen Orte, z. B. daß den einzelnen Zeugen das Testament zur Solennisirung zugesandt werden könne. So Cujacius in der consultatio 48. und *Jac.* Constantinaeus subtil. enodat. Lib. I. c. 26. (Otto thes. T. IV. p. 530.) u. *M.* Freher l. l. (s. Note 48.)

55) So will *Nic.* Catharinus l. l. (s. Note 49.) emendiren.

Digitized by Google

nommen werden muß, wird ein Testirer am häufigsten in dem Fall seyn, mündlich seinen letzten Willen erklären zu müssen. Gesetzt aber auch, die Kaiser hätten in der That nur schriftliche Testamente vor Augen gehabt, so entsteht weiter die Frage: sollen die Zeugen überhaupt nicht bei dem Testiract gegenwärtig seyn? Dieß scheinen Einige anzunehmen, indem sie sich auf eine andere Stelle berufen, worin eben diese Kaiser rescribiren: die Zeugen müßten sich in conspectu testatorum befinden, außer wo „speciali privilegio patriae juris observatio relaxata est“[56]). Daß nun hierbei an den in der L. 8. Cod. cit. bestimmten Fall nicht gedacht sey, ist wohl ohne weitere Bemerkung klar, da jene Stelle eine mögliche Abweichung von der Regel auf ein besonderes Landes- oder Orts-Gesetz gründet, diese aber auf einen außerordentlichen Unfall, weßhalb denn das Gesetz allenthalben, wo dieser eintritt, zur Anwendung kommen muß. Es ist aber auch mehr als blos wahrscheinlich, daß die in beiden Stellen erwähnten Ausnahmen nicht identisch seyen, da sie fast gleichzeitig erschienen (die eine ist vom 16. die andere vom 22. Juni 290. datirt), mithin vorauszusetzen ist, daß die Kaiser in der L. 9. auf die kaum 8 Tage früher erlassene Verfügung Bezug genommen haben würden, hätte in dem einen wie in dem anderen Falle die Ausnahme darin bestanden, daß die Zeugen nicht gerade in conspectu testatoris seyn dürften[57]). Allein hievon ganz abgesehen, ist es wohl wahrscheinlich, daß es irgend ein Gesetz oder Gewohnheitsrecht gegeben habe oder gebe, wonach Testamentszeugen bei dem

56) L. 9. C. *de testam.* — Es berufen sich hierauf: Schilter, Faber, Constantinaeus an den oben angeführten Stellen.

57) S. Marezoll a. a. O. (Zeitschr. Bd. IV. Nr. IV.) S. 88

Digitized by Google

Act des Testirens überall nicht gegenwärtig zu seyn brauchen? Sollen sie nicht von dem Testirer rogirt werden, soll dieser nicht erklären, daß ein vorgewiesenes Testament das seinige sey, — so begreift man nicht, was sie denn eigentlich bezeugen sollen und können! Welche Gewißheit haben die Zeugen, daß die von einem Dritten ihnen vorgezeigte Urkunde wirklich den letzten Willen des Testirers enthalte? Stände dies ohnehin fest, so würde ihre Handlung ganz überflüßig seyn, ist es zweifelhaft, so kann die Urkunde auch durch ihre Unterschrift und Besiegelung keine Beweiskraft erhalten. Und wie könnte das Unterschieben oder Verfälschen von Testamenten verhütet werden, wenn die Zeugen ein durch dritte Personen ihnen zugestelltes Testament auf Glauben als das von ihnen zu solennisirende annehmen müßten, — wie könnte es verhütet werden, daß nicht die Solennisirung bisweilen erst nach dem Tode des Testirers geschehe, was denn natürlich in jedem Fall (d. h. auch bei vorausgesetzter Aechtheit des Testaments) Nichtigkeit des ganzen Acts zur Folge haben müßte[58]). Aller Wahrscheinlichkeit nach ist die Abweichung von der Regel, wovon L. 9. cit. spricht, nur von der Vornahme des Acts der Besiegelung zu verstehen, die allenfalls (d. h. wenn sich dafür ein besonderes Ortsgesetz nachweisen läßt) auch vorgenommen werden könne, ohne daß sich die Zeugen dabei im Angesicht des Testator befinden. Wollte man nun aber in der Art auch das besondere Recht eines s. g. test. tempore pestis conditum verstehen, so würde gefragt werden können: was denn dadurch für den wesentlichen

58) Vergl. Stryk Diss. de jure praesentiae (Frf. 1673. u. in Diss. collect. Frf. Vol. IV. Nr. 19.) Cap. IV. §. 33. sqq. *Ejusd.* Cautel. testament. Cap. XI. §. 2. Marezoll a. a. O. S. 86. 87.

Digitized by Google

Zweck des Gesetzes gewonnen sey? Immer müßten ja doch die sämmtlichen Zeugen bei dem Act des Rogirens, der Erklärung und der Unterschrift des Testirers gleichzeitig zugegen seyn. Daß die Function der Zeugen gerade in demselben Zimmer erfolge, in welchem der Testirer sich befindet, ist nicht einmal ein gemeinrechtliches Erforderniß, sondern nur, daß sie so nahe bei ihm sind, um Alles was geschieht gehörig wahrzunehmen und zu verstehen, was er spricht. In einer solchen Nähe ist die Gefahr der Ansteckung stets dieselbe; bei einer größeren Entfernung aber fehlt wiederum dem Zeugniß alle Sicherheit[59]). Das ist denn auch der Fall, wenn man das Gesetz so auslegen wollte, daß die Zeugen zwar den Testirer sehen müßten, es aber genüge, wenn sie ihn von außen, durch eine Thür- oder Fensteröffnung erblicken: entweder wird dadurch eine sichere und bestimmte Wahrnehmung ganz aufgehoben, oder es bleibt nichts übrig, was sich noch als ein besonderes, von der regelmäßigen Form wesentlich abweichendes Recht betrachten ließe[60]).

59) Marezoll a. a. O. S. 87.

60) Stryk Cautel. test. C. XI. §. 2. in f. referirt aus den Decisionen des Boërius, daß während der Pest in Bologna die Testirer im Fenster stehend Vorübergehende als Zeugen rogirt und durch diese, ohne daß sie das Haus betreten hätten, das Testament hätten vollziehen lassen. Dies ist allerdings eine ungewöhnliche Art zu testiren; wenn indessen die gehörige Anzahl fähiger Zeugen gleichzeitig versammelt wurden und handelten, so war auch nach der gemeinen Rechtsregel wider diesen Act nichts einzuwenden. Dagegen beweist ein von Leyser (med. ad Pand. Sp. 368. m. 1.) vorgetragener Fall, wie bedenklich die Zulassung eines Zeugnisses ist, wenn die Zeugen nicht dem Testirer so nahe stehen, daß sie Alles, was vorgeht, mit Sicherheit wahrnehmen können.

Digitized by Google

Eine dritte Meinung, welche die Glosse zur Urheberin hat[61]), besonders ausführlich aber von Jac. Gothofredus[62]) und von Marezoll vertheidigt ist[63]) erklärt den casus major für die fallende Sucht oder Epilepsie, auch morbus comitialis genannt[64]), wovon einer der

Die von einer herrschenden Fieber-Seuche befallene Testirerin berief 7 Zeugen, in der Absicht ihr Testament zu errichten. Aus Furcht vor der Ansteckung wagten die Zeugen nicht nahe heran zu treten und einige blieben vor der geöffneten Thüre stehen. Leyser sagt selbst: „Nihil ego umquam his testimoniis incertius, nihil confusius vidi.“ Von einer Erbeinsetzung hatte Niemand etwas gehört, und über keine einzige Anordnung fand völlige Uebereinstimmung unter den Zeugen Statt. Da indessen mehrere derselben über verschiedene Vermächtnisse einstimmig aussagten, so erkannte die Helmstädter Juristenfacultät, daß die Disposition in Ansehung jener Vermächtnisse als Intestatcodizill aufrecht zu erhalten sey, da zu einem test. tempore pestis conditum nach dem Gerichtsgebrauch jene Zeugen genügten. Wenn indessen auch dieser Gerichtsgebrauch zweifellos und die Erhaltung der Disposition als Codizill unbedenklich gewesen wäre (was sich doch schwerlich behaupten läßt), so hätte doch, wie ich glaube, das Testament schon um deswillen für ungiltig erklärt werden müssen, weil den Umständen nach die Angaben der Zeugen als vollkommen zuverläßige und sichere Zeugnisse nicht betrachtet werden konnten.

61) S. den Casus zur Accursischen Glosse h. l.

62) *Jac.* Gothofredus de testamento tempore pestis, vel a testatore peste contacto, condito; in opp. min. ed. Trotz p. 627. sqq. p. 647.

63) Marezoll a. a. O. (Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd. IV. Nr. IV.) §. 5. S. 77. fgg.

64) S. hierüber Bd. 34. d. Comment. §. 1414. S. 381. fg. Note 2.

Digitized by Google

Zeugen während des Testamentsacts befallen werde; die dadurch veranlaßte Unterbrechung soll selbst alsdann nicht schaden, wenn die übrigen Zeugen oder einige derselben aus Scheu vor dem Anblick des Kranken das Zimmer verlassen, nur müssen sie wieder zusammen kommen und die Solennisirung des Testaments auf die übliche Weise bewerkstelligen. Die meisten Vertheidiger dieser Ansicht leiten hieraus die allgemeine Regel ab: daß die Unterbrechung durch irgend einen Unfall, welcher einen der Zeugen betreffe, der Einheit der Handlung nicht schade, falls nur die volle Zahl wieder zusammenkomme[65]) und auch Marezoll bringt Diocletians Rescript in Verbindung mit der Vorschrift Justinians über die Einheit der Testirhandlung in der L. 28. C. *de testament.*, indem er annimmt, daß Justinian eine allgemeine Regel aufgestellt, Diocletian aber nur einen einzelnen Fall nach einer gleichen Maxime entschieden, Justinian mithin das bisher nur in einem besonderen Fall gegoltene Recht zu einer umfassenden Regel erweitert habe. Ein Beweis dafür soll in dem Umstande liegen, daß die L. 28. cit. auch des **morbus comitialis** erwähne und bestimme, wenn ein Zeuge von einer solchen Krankheit befallen werde, oder sonst etwas eintrete, welches seine Entfernung nöthig mache, so solle dies doch dem Testament nicht schaden, falls er nur wieder zurückkehre, auch die Unterbrechung nicht allzulang dauere. Deshalb dürfe denn auch das s. g. test. tempore pestis conditum in die Classe der privilegirten Testamente eigentlich gar nicht gesetzt werden, oder müsse consequenter-

65) S. Marchart interpret. recept. jur. civ. Lib. II. c. 16. p. 271. Püttmann probabil. Lib. singul. p. 37. Höpfner Comment. §. 461. Schweppe röm. Privatr. Ausg. von Mejer Bd. V. §. 815. a. E.

Digitized by Google

weise in allen Fällen, in welchen durch die L. 28. cit. von der sonst erforderlichen unitas actus etwas nachgelassen ist, von einem privilegirten Testament sprechen[66]).

Köchy findet die Erklärung der Glosse „äußerst lächerlich“[67]). Weit entfernt einem solchen Urtheil beizutreten, und indem ich gerne unterschreibe, und auf die neueste den Gegenstand betreffende Abhandlung anwende, was Schilter von der Gothofredischen sagt, sie sey interpretatio ingeniosa, elegans et pererudita, muß ich doch auch diesem Schriftsteller beistimmen, wenn er hinzufügt: „sed vim quasi amicam verbis inferre videtur“[68]). Man betrachte einmal den Satz: testes — eo tempore jungi atque sociari remissum est. Mit der zweiten, vorhin referirten Meinung lassen sich die Worte zur Noth noch vereinigen, wenn man nämlich so übersetzt: es ist dem Testirer erlassen, die Zeugen bei sich zu versammeln. Allein wie gezwungen ist es, wenn man sie auf folgende Art erklärt: so lange ein Zeuge an dem epileptischen Anfall leidet, dürfen die Zeugen, welche sich vor dem Anblick scheuen, sich entfernen, oder kann der Epileptische weggebracht werden[69]). Es ist unmöglich, die Worte so zu verstehen, ohne ihnen Gewalt anzuthun. Das Gesetz sagt: es soll in einem gewissen Fall nicht

66) Marezoll a. a. O. S. 94. Beistimmend erklärt sich hierin wie überhaupt in Beziehung auf die Marezoll'sche Ansicht Hunger röm. Erbrecht. §. 41. S. 122. fg. Vergl. auch Roßhirt Erbrecht I. §. 90. Nr. II. S. 474. fgg.

67) Köchy a. a. O. S. 129. a. E. fg.

68) Schilter l. l. §. 134.

69) So interpretiren: Gothofredus l. l. p. 640. 641. und (mit den obigen Worten) Marezoll a. a. O. S. 85.

Digitized by Google

nöthig seyn, die Zeugen zu versammeln und zu vereinigen. Das aber soll nach der entgegenstehenden Erklärung gerade nicht nachgelassen, sondern nur eine einstweilige Entfernung derselben zulässig seyn, nachdem sie auf gehörige Art versammelt waren; diese Erklärung trägt also in den Satz einen Sinn hinein, der dem Wortverstand geradezu widerstrebt.

Daß der Ausdruck: casus major ac novus contingens auch auf epileptische Zufälle bezogen werden könne, daß diese plötzlich einzutreten pflegen, daß der Anblick eines Epileptischen einen höchst widrigen Eindruck auf die Zuschauer mache, den Viele nicht auszuhalten vermögen, ohne selbst ähnliche Zufälle zu bekommen u. dgl. m.[70]), — dies kann man gerne zugeben. Aber wie daraus folgen soll, daß die Kaiser gerade nur dies eine von den tausend Uebeln, welche die Menschheit treffen können, vor Augen gehabt haben, ist schwer zu begreifen. Und ist es wohl wahrscheinlich, daß die Kaiser den so vielsagenden Ausdruck casus major ohne alle Erklärung von dem einen einzelnen Menschen betreffenden Unfall gebraucht haben sollten? Liegt es nun schon an sich viel näher, ihn auf eine allgemeine Calamität zu beziehen, so erhält diese Beziehung eine sehr erhebliche Unterstützung durch den Ausdruck contagio, der so gewöhnlich von Ansteckung bei herrschenden Seuchen gebraucht wird, daß er die Bedeutung der ansteckenden Krankheit selbst angenommen hat[71]). Allerdings werden nervenschwache Menschen beim Anblick Epileptischer wohl bisweilen selber von Krämpfen befallen, allein zu den contagiösen Krankheiten wird

70) S. Gothofredus l. l. u. Marezoll a. a. O. S. 81. fgg.

71) S. z. B. Plinius Nat. hist. Lib. XXVI. c. 3. zu Anfang (der Müllerschen Ausg.)

Digitized by Google

darum Niemand die fallende Sucht zählen wollen. Und könnte dies ja behauptet werden, — warum will man denn hier gerade nur einen einzigen und noch dazu so seltenen Anwendungsfall gemeint wissen, und nicht vielmehr an eine Bedeutung des Worts denken, die Jedem zunächst bei dem Worte contagio oder contagium vorschwebt? Was endlich den Ausdruck casus novus contingens anbetrifft, so ist es bekannt, wie oft verheerende Seuchen in neuen Formen und plötzlich erscheinen, und mit überraschender Schnelligkeit sich verbreiten; daher man denn auch vom Hereinbrechen einer Seuche spricht, oder in ähnlichen Ausdrücken, welche die Vermuthung bestätigen, daß auch die Kaiser jene Worte auf ein solches Uebel bezogen und nicht gerade auf einen Unfall, der einen einzelnen Zeugen betreffen könne [72]). Ja, wäre dabei an epileptische Zufälle gedacht, so würde der metaphorische Ausdruck: casus novus für inopinatus gerade hier sehr unglücklich angewandt seyn, da dergleichen Zufälle bei erwachsenen Menschen ein altes eingewurzeltes Uebel zu seyn pflegen. — Genug, auch hier sind die Worte gewiß viel eher gegen als für die Interpretation der Glosse. — Dasselbe gilt von den Worten: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. Zwar meint Marezoll: nach der gewöhnlichen Erklärung des Rescripts habe überall nicht die Frage entstehen können, ob auch an der Zahl der Zeugen etwas nachgelassen sey, nach seiner Erklärung hingegen sey ein solcher Zweifel sehr natürlich [73]). Ich sollte denken, es verhalte sich die Sache gerade umgekehrt.

72) Vergl. Köchy a. a. O. S. 130. und Haimberger röm. Privatr. §. 356. Note a.

73) Marezoll a. a. O. S. 85.

Digitized by Google

Gesetzt die Kaiser hätten mit deutlichen Worten gesagt: ist der Testirer von der Pest befallen, so ist es nicht nöthig, daß die Zeugen alle in Gemeinschaft handeln, — so liegt gewiß der Zweifel ziemlich nahe: ist es denn überhaupt nöthig, daß sieben Zeugen zugezogen werden? (wie denn in der That eine ziemlich verbreitete Ansicht für die Verneinung dieser Frage ist, wovon weiter unten die Rede seyn wird). Denken wir uns dagegen, die Kaiser hätten eben so klar sich dahin geäussert: eine bloße Unterbrechung des Acts schadet nichts, — so war ja eben dabei als sich ganz von selbst verstehend vorausgesetzt, daß die gehörige Anzahl von Zeugen zugezogen sey, mithin jener Zweifel schon von vorn herein ausgeschlossen.

Keinen glücklicheren Erfolg kann der Versuch haben, der hier besprochenen Interpretation einen Stützpunct durch die Constitution Justinians (L. 28. cit.) zu verschaffen, in welcher derselbe einstweilige kurze Unterbrechungen des Testiracts für unnachtheilig erklärt[74]). In der That beschränkt sich der hieraus hergenommene Grund lediglich darauf, daß unter den Ursachen, welche eine Unterbrechung veranlassen können, auch der morbus comitialis, wovon etwa ein Zeuge befallen werde, erwähnt wird. Hätte der Kaiser dabei die Erweiterung einer Regierungsverfügung seines Vorgängers beabsichtigt, würde er es wohl unterlassen haben, wie sonst allemal von ihm geschieht, dies rühmend anzuführen? Aber wir brauchen uns auf ein negatives Argument nicht zu beschränken, vielmehr dürfen wir sagen: die Erwähnung des morbus comitialis sey auf eine Art erfolgt, woraus man wenigstens mit großer

74) Gothofredus l. l. §. VI. p. 642. sqq. Marezoll a. a. O. S. 88—94.

Digitized by Google

Wahrscheinlichkeit zu schließen berechtigt ist, Justinian habe an das Rescript Diocletians überall nicht gedacht. Es heißt in dem Gesetz: „licet morbus comitialis, *quod et factum esse comperimus*, uni ex testibus contigerit". — Der Gesetzgeber führt also an, daß, wie man ihm erzählt habe, eine solche Unterbrechung wohl schon vorgekommen sey. Existirte nun gerade über einen Fall dieser Art bereits ein kaiserliches Rescript von dem Ansehen, daß man es der Aufnahme in den Constitutionen-Codex würdigte und ihm dadurch die Bedeutung einer lex edictalis beilegte, — so würde eine Bezugnahme hierauf schwerlich unterblieben seyn[75]).

Noch weniger Grund, wie diese Ansicht, hat eine vierte, deren Urheber und einziger Vertheidiger der Würtembergische Kanzleiadvocat C. F. D. Moser[76]) ist. Unter dem casus major versteht er eine Gefahr, der die Zeugen ausgesetzt sind, die ihnen bange machen kann, die indessen den Menschen einzeln betrachtet kein Abhaltungsgrund wird. Er denkt sich den Testirer namentlich in feindlicher Gefangenschaft oder in Räuberhänden; sey einmal die Abführung erfolgt und der Schrecken des Ueberfalls vorbei, so könne sich wohl ein Einzelner zu ihm hinschleichen, wogegen mehrere in Gemeinschaft leicht die Aufmerksamkeit der Feinde oder Räuber auf sich ziehen, mithin sich selber der Gefahr aussetzen würden. Aehnlich verhalte es sich bei Gefahren anderer Art, als: bei Feuers-Wassers-Gefahr, Erdbeben und andern Ereignissen. (Eine solche Analogie zwischen einer Gefahr dieser Art und der, welcher man sich unter Räubern und Feinden ausgesetzt

75) Vergl. Haimberger a. a. O. (Note 72.)

76 In den angef. Versuchen Nr. II. (s. Note 47.)

Digitized by Google

sieht, dürfte wohl außer dem Verfasser schwerlich Jemand finden.) Morbus nun soll geradezu die Furcht der Zeugen bedeuten und von contagio könne so oft die Rede seyn, als Berührungen in der Körperwelt möglich sind. Timor contagionis sey also die Furcht der Zeugen, mit irgend etwas in Berührung zu kommen, was ihnen nachtheilig seyn könne, und eben diese Furcht werde dann auch als morbus bezeichnet, als eine Gemüthsbewegung, die der Gesetzgeber dadurch zu entfernen suche, daß er den Zeugen gestatte, sich einzeln zu dem Testirer zu begeben. — Es wird wohl eine bloße Relation dieser Meinung die Stelle der Kritik vertreten können.

So wenig nun auch irgend eine der bekannten Auslegungen von Diocletians Rescript auf sichere Begründung einen Anspruch machen darf, so dürfte doch die gemeinhin angenommene (zuerst vorgetragene) das Meiste für sich haben, man mag nun auf die Worte sehen[77]), oder auf

77) Daß das Resultat des Wortverstandes zu dieser Ansicht noch am besten paßt, ist sowohl bei der Darstellung derselben, als bei der Prüfung der davon abweichenden Interpretationen gezeigt worden. Hier mag darüber nur noch eine Bemerkung stehen. Marezoll meint, es würde selbst nicht einmal die Lesart oppressis oder oppresso (für oppressos) zu den von ihm angefochtenen Meinungen passen, indem es ganz unmöglich sey, diesen Ausdruck auf die Testatoren zu beziehen, von denen ja gar nicht die Rede gewesen sey. Allein es genügt, daß von einem Testament und von Testamentshandlungen die Rede war, wobei ein Testirer als haupthandelnde Person nothwendig vorausgesetzt werden muß; wenn es heißt: es sey dies und jenes bei einer Testamentshandlung nachgelassen, kann das allemal so ausgedrückt werden: es ist dem Testirer die Beobachtung dieser oder jener Form erlassen.

Digitized by Google

den Inhalt und den wahrscheinlichen Zweck der Constitution. Daß dieser Zweck, auch so wie ihn die gemeine Meinung auffaßt, sich mit völliger Sicherheit durch Diocletians Vorschrift nicht erreichen läßt, wird wohl Niemand läugnen; es wird namentlich in dem Fall, wenn der Testirer von einer Krankheit befallen ist, welche ohne unmittelbare Berührung und schon durch das Einathmen derselben Luft mit ihm leicht anstecken kann, stets schwer halten, 7 Zeugen zu finden, welche es wagen, auch nur einzeln sich in seine Nähe zu begeben. Allein gehen wir davon aus: der Gesetzgeber will in Fällen der Art, wie sie hier vorausgesetzt werden, die Hindernisse des Testirens aus dem Wege räumen, soweit dies überall durch ein Gesetz möglich ist und sich mit der vollen Rechtssicherheit verträgt. Er argumentirt mithin so: es ist möglich, daß Niemand sich findet, der sich zu dem Testirer begeben mag, aber in hohem Grade unwahrscheinlich, daß sieben Personen es wagen, sich gleichzeitig bei demselben zu versammeln und hier so lange zu verweilen, als die Testamentshandlung währt; denn die Gefahr der Ansteckung wird bedeutend dadurch erhöht, daß viele Menschen sich neben einander in einem kleinen Raum bewegen. Hierdurch bewogen erklärt er denn: das gleichzeitige Beisammenseyn und Fungiren sämmtlicher Zeugen erlasse er, nur müsse Jeder von dem Testirer selbst mit dessen letzten Willen bekannt gemacht, oder ihm von demselben eine Schrift mit der Erklärung vorgewiesen seyn, daß sie eine von ihm unterzeichnete letztwillige Verfügung enthalte, auch derselbe seiner Seits im Beiseyn des Testirers die Unterzeichnung vornehmen. Man wird nicht läugnen wollen, daß eine solche Argumentation verständig ist und ein darauf gegründetes Recht, so unvollkommen sich der da-

Digitized by Google

durch beabsichtigte Zweck auch erreichen läßt, gerechtfertigt erscheint [78]).

Unter den Vertheidigern dieser Meinung finden sich indessen noch manche Abweichungen. Zuvörderst in Ansehung der Frage: ob erfordert werde, daß der Testirer selbst von der ansteckenden Krankheit befallen sey, oder ob es genüge; wenn an dem Orte oder doch in dem Hause, wo das Testament errichtet wird, die Krankheit herrsche? In den Lehrbüchern ist meistens nur im Allgemeinen von dem Testamentsprivilegium zur Zeit einer herrschenden Epidemie die Rede und auch wohl gemeint, es sey nicht nöthig, daß der Testirer selbst an der Krankheit leide [79]). Dennoch möchten hiefür die meisten Gründe sprechen. Aus

78) Wer der Meinung ist, daß bei einem schriftlichen Testamente die sämmtlichen Unterschriften inwendig hätten geschehen müssen, die Besiegelungen aber auf der auswendigen Seite und zum Zweck der Verschließung des Testaments, — der wird fragen: wie denn dies in unserem Falle habe gemacht werden sollen, ohne den Zeugen etwa zu gestatten, nach Vollendung sämmtlicher Unterschriften, entfernt vom Testirer zu besiegeln? Auf diese Frage weiß ich denn freilich keine genügende Antwort zu geben. Doch ist jene Voraussetzung nicht nur im höchsten Grade unsicher, sondern auch ausdrücklich anerkannt, daß es genügte, wenn der Testirer eine von ihm unterschriebene Urkunde verschlossen den Zeugen vorwieß und demnächst ihre Signaturen durch Schrift und Siegel verlangte; L. 21. pr. C. *de testam.* Vergl. hierüber die ausführliche Erörterung in Bd. 34. d. Comment. §. 1415. b. S. 419. fgg.

79) S. übrigens Hartitzsch Erbrecht §. 407. a. E., welcher ausdrücklich bemerkt: daß die Krankheit in des Testators Hause herrsche oder dieser selbst daran krank liege, werde nicht erfordert (s. die folg. Note); in v. Wening-In-

Digitized by Google

den einzelnen Ausdrücken des Gesetzes läßt sich mit ziemlicher Bestimmtheit erkennen, daß der Testirer eine nahe oder drohende Gefahr vor Augen hatte; auch führt die entgegenstehende Ansicht wieder neue Zweifel herbei, welche, wenn wirklich der Gesetzgeber nur das Daseyn einer epidemischen Krankheit erfordert hätte, sich mit Sicherheit nicht entscheiden lassen [80]). Geht man davon aus, daß die Aenderung von oppressos in oppressis oder oppresso durch den Zusammenhang der Rede schlechthin geboten würde, so wäre die hier vertheidigte Meinung auch buchstäblich im Gesetz bestimmt.

Auch die Frage: ob jede für ansteckend erklärte Krankheit des Testirers genüge, um das Privilegium eintreten zu lassen? muß nach meinem Dafürhalten verneint werden [81]). Es giebt der Krankheitsformen so außerordentlich

genheim's Lehrb. §. 484. wird dagegen für nöthig erachtet, daß der Testator mit einer ansteckenden Krankheit behaftet sey.

80) *C.* Ziegler Diss. de testamento tempore pestis privilegiato (in den Disceptationes selectae. Nr. XXXI.) Th. XIV, welcher das obige Erforderniß nicht für nöthig hält, berührt diese Schwierigkeit, indem er fragt: wie es zu halten sey, wenn die Seuche in der Provinz oder in der Nachbarschaft herrsche, aber noch nicht in den Ort eingedrungen sey? Er will dies den Aussprüchen der Aerzte und dem Ermessen des Richters anheimgegeben wissen. Vgl. Leyser in corroll. ad sp. 368. u. Höpfner Comment. § 461. — Das Sächs. Recht erfordert, daß entweder der Testirer selber an der Seuche krank, oder wenigstens das Haus, welches er bewohnt, davon angesteckt ist; Haubold Sächs. Recht §. 340.

81) Auch davon behauptet das Gegentheil Ziegler l. l. Th. XV. a. E. u. Th. XVI.

Digitized by Google

viele, bei welchen sich eine Ansteckung befürchten läßt, daß, wenn das Gegentheil gemeint wäre, das Privilegium fast bei allen auf dem Siechbette errichteten Testamenten eintreten müßte. Offenbar denkt aber der Gesetzgeber an etwas Außerordentliches, Ungewöhnliches (casus major ac novus contingens) und Fälle dieser Art (Pest, Cholera [82]), verheerende Epidemieen anderer Art) lassen sich auch von einem sonstigen Vorhandenseyn ansteckender Krankheiten, wenn sie auch an einem Orte und zu einer Zeit häufiger vorkommen, wie gewöhnlich, ohne Schwierigkeit unterscheiden. Es kommt noch hinzu, daß die Gefahr der Ansteckung bei herrschenden ungewöhnlichen Epidemieen für jeden Einzelnen größer ist, wie in anderen Fällen ansteckender Krankheiten.

Nach der Versicherung practischer Schriftsteller genügen Kraft eines gewohnheitsrechtlichen Gerichtsgebrauchs zwei bis drei Zeugen zu einem test. tempore pestis conditum [83]). Die Billigkeit eines solchen Rechts wird wohl Niemand läugnen, allein den Bestimmungen des röm. Rechts läuft es geradehin zuwider, weshalb denn der Beweis eines solchen Gewohnheitsrechts von dem, welcher sich darauf beruft, geführt werden muß. Zwar hat man die von einigen Interpreten vorgeschlagene Emendation, Statt

82) In Preußen wurde (irre ich nicht im J. 1831) durch eine besondere Verordnung entschieden, daß die Cholera für ansteckend zu halten sey; es kam hierbei eben auf die Anwendung des Testamentsprivilegiums an.

83) Gail pract. obs. Lib. II. c. 118. Nr. 18. Struv cautel. testam. c. XI. §. 3. Leyser med. ad Pand. sp. 568. med. 1. — Vergl. Ziegler l. l. Th. XIX. — Auch das Sächs. Recht erfordert nur zwei bis drei Zeugen Haubold a. a. O.

Digitized by Google

conveniendi numeri zu lesen *convenientis numeri* (s. oben Note 51) dazu benutzt, um jenen angeblichen Gerichtsgebrauch auch theoretisch zu rechtfertigen: conveniens numerus soll nämlich eine angemessene Anzahl von Zeugen seyn, dafür dürfe aber auch die Zahl von zwei zu halten seyn[84]). Indessen ist die Emendation eben so willkührlich und unpassend[85]), als die davon hier gemachte Anwendung[86]). Auch die bisweilen wohl aufgestellte Behauptung, daß auf die Qualität der Zeugen nichts ankomme, — daß also z. B. auch Frauenzimmer Zeugen seyn könnten, hat keine hinreichenden Gründe für sich[87]).

Endlich behaupten Manche, daß ein solches Testament, wenn die Gefahr der Ansteckung vorüber und der Testirer noch am Leben ist, entweder sofort erlösche, oder doch nach der Analogie des test. militare nach Ablauf eines Jahrs[88]).

84) S. Gothofredus Diss. laud. p. 633., der übrigens diese Meinung nicht billigt. Vergl. Schröder observ. laudd. (s. Note 51.)

85) S. was darüber im Text zu Note 51. bemerkt ist.

86) In Gothofredischen Ausgaben sind die Worte: non etiam vor conveniendi in Häckchen eingeschlossen, um anzudeuten, daß sie für verdächtig zu halten seyen. Dann würde der Gesetzgeber sagen: es sey auch die Zusammenberufung der gewöhnlichen Anzahl Zeugen nachgelassen. Indessen dafür fehlt es nicht nur an handschriftlicher Autorität, sondern es wäre, wenn man jene Worte wegließe, auch aller periodische Zusammenhang aufgehoben. Vergl. Marckart l. l. p. 270.

87) Vergl. Strik l. l. §. 4. Wernher observ. sel. ad Pand. h. t. §. 21.

88) So namentlich Struve Synt. jur. civil. Exerc. XXXII.

Digitized by Google

Aber da das Testament überhaupt der Wirkung nach als ein vollständiges Testament zu betrachten ist, so läßt sich nicht absehen, weshalb ihm diese Eigenschaft auch nicht in Beziehung auf seine Dauer zugestanden werden soll[89]). Particularrechte ordnen übrigens bisweilen Beschränkungen in dieser Hinsicht an[90]).

§. 1486.

Testamente während eines Nothstandes.

Es ist eine nicht ganz seltene Ansicht, daß, wenn der Testirer sich ohne seine Schuld in einer Lage befindet, in welcher ihm die Beobachtung der vorgeschriebenen Solennitäten unmöglich ist, ein Mangel derselben nicht schade und nur der Beweis des letzten Willens erfordert werde[91]), namentlich wenn Jemand sich auf der Reise an einem Orte befindet, wo die gehörige Anzahl von Zeugen nicht zu haben ist, z. B. auf dem platten Lande, auf einem Schiffe u. s. w. Darauf gründet man denn auch wohl die gegen

Th. 21. a. E. Hellfeld am Schlusse dieses §. Hartitzsch Erbrecht §. 407. a. E.

89) Mit Recht wird daher jener Meinung widersprochen von Schilter l. l. §. 141. Ziegler Diss. cit. Th. XXXII. Stryk caut. test. C. XI. §. 8. Wernher lectiss. comment. ad Pand. h. t. §. 23. Thibaut Pand. §. 848. a. E.

90) S. z. B. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 1. §. 201. „Dergleichen Testamente gelten auf ein Jahr nach wieder aufgehobener Sperre" —.

91) Mevius comment. ad jus Lub. P. II. Tit. 1. art. 2. Nr. 59—62. Struve Synt. jur. civ. Exerc. XXXII. §. 22. Hellfeld §. 1486.

Digitized by Google

den Schluß des vorigen §. besprochene Meinung, daß zur Zeit einer epidemischen Krankheit ein Mangel der regelmäßigen Zahl oder Qualität der Zeugen unschädlich sey, imgleichen, daß Wöchnerinen (Kreisende) vor weniger Zeugen und auch vor Frauenzimmern, da sie meistens nur von diesen umgeben seyen, testiren dürften [92]). Man beruft sich dafür, daß ein Nothstand von der Beobachtung der vorgeschriebenen Solennitäten dispensire, besonders auf die bekannte Aeußerung von Marcellus: „Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est“ [93]). Indessen mit Recht wird einer solchen Erweiterung der Testamentsprivilegien von den mehrsten Juristen widersprochen [94]). Hätte jene Aeußerung des römischen Juristen den Sinn, daß eine schuldlose Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Solennitäten dem Rechtsbestande eines Geschäftes nicht schade, so wäre in der That alles förmliche Recht dadurch so gut wie aufgelöst; man würde alsdann auch noch einen Schritt weiter gehen, d. h. die Regel nicht blos auf Nothfälle anwenden dürfen, sondern auch da eine gleiche Billigkeit gelten lassen müssen, wo

92) Leyser med. ad Pand. Sp. 14. m. 5.

93) L. 183. D. *de regul. jur.* — Hellfeld beruft sich auch noch auf den Grundsatz: Leges ad impossibilia non obligant!

94) Stryk cautel. testam. c. XI. §. 11. — *O. G.* Reinhardt de testamento parturientium privilegio — nullo munito. Jen. 1746. E. C. Westphal Unters. d. Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen außerordentlichen Nothfalls wegen gültig sey? Halle 1791. A. D. Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld h. l.

Digitized by Google

unverschuldete factische oder rechtliche Unkunde einen formellen Mangel veranlaßte[95]). Ein so leichtsinniges Hinaussetzen über positive Rechtsvorschriften, eine Behandlung des formellen Rechts, welche alle Festigkeit und Bestimmtheit der Rechtsbegriffe nothwendig zerstören würde, dürfen wir den römischen Juristen gewiß nicht zutrauen. Wie weit entfernt auch Marcellus war, die angeführte Rechtsregel in der obigen Allgemeinheit zu nehmen, ist auch leicht zu erweisen. Sie findet sich nämlich vollständiger in einer anderen Stelle[96]) und hatte eigentlich den Sinn: daß wegen unverschuldeter Prozeßversäumnisse eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die nach strengem Recht eingetretenen oder verwirkten Nachtheile erlangt werden könne[97]). Wenn man ihr aber auch eine weiter gehende Bedeutung beilegt, so wird man sie doch jedenfalls auf Restitution wider eigentliche Rechtsverluste einschränken müssen; davon kann aber hier keine Rede seyn, da der Testamentserbe nur etwas zu erhalten sucht, was noch nicht zu seinem Vermögen gehörte, oder damit umgeht, den gesetzlichen Erben von der Erbschaft auszuschließen[98]). Es muß also auch hier bei der bekannten Regel verbleiben, daß Privilegien nicht analogisch auszudehnen sind; falls also ein Privilegium nicht nachzuweisen ist, kommt eine zufällige Unmöglichkeit die vorgeschriebene Rechtsform zu beobachten eben so wenig dem formell ungiltigen Testament zu Statten, als wenn ein Formfehler

95) Vergl. meine rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls, S. 26—28.

96) L. 7. D. *de in int. rest.* (IV. 1.)

97) *Jac.* Gothofredus comment. ad L. 183. D. de reg. jur. in opp. min. p. 1187. sq.

98) Weber a. a. O. Nr. 3. b. S. 259. fgg.

Digitized by Google

auf einem Verſehen beruht[99]). Von byzantiniſchen Kaiſern nach Juſtinian wurde übrigens eine viel weiter gehende Rückſicht auf eintretende Nothfälle genommen: wenn der Teſtirer ſich auf der Reiſe, oder ſonſt an einem Orte befindet, wo nicht die regelmäßige Anzahl von Zeugen zu haben iſt, ſo ſollen drei, ja bei einer eigentlichen Todesgefahr auch zwei genügen[100]).

99) S. die Note 94. angef. Schriftſteller. In der Kürze iſt Alles, was ſich hierüber ſagen läßt, ſehr gut zuſammengeſtellt bei Weber a. a. O.

100) Vergl. Novellae Leonis Nov. 41. in f. u. Nov. 43. a. E. — Imperatorum Basilii, Constantini et Leonis *Prochiron*. (Ὁ πρόχειρος νόμος). Ed. *C. E.* Zachariae Tit. XXI. §. 16. Harmenopuli manuale legum Lib. V. Tit. 1. §. 36. (ed. Reitz in Meerm. thes. T. VIII. p. 227.) — S. auch Schilter Exerc. XXXVIII. §. 136.

Digitized by Google

Lib. XXIX. Tit. II.

De acquirenda vel omittenda hereditate.

§. 1487.

I. Erwerb der Erbschaft *ipso jure.*

Eine Erbschaft ist angefallen (delata hereditas), wenn dem Erben ein Recht auf dieselbe eröffnet ist[1]), erworben, wenn sie in sein Vermögen übergegangen oder Theil seines eigenen Vermögens geworden ist. Für manche Erben fällt der Zeitpunkt der Delation und des Erwerbs zusammen, der Erbe erwirbt also die Erbschaft ohne alle Erklärung oder Handlung von seiner Seite, ipso jure, ja mit rechtlicher Nothwendigkeit[2]); daher heißen sie necessarii heredes (Zwangserben), auch sui et necessarii, im Gegensatz der extranei oder voluntarii heredes, welche nur durch Erbschaftsantretung (hereditatis aditio) erwerben[3]). Vorzugsweise werden die

1) L. 151. D. *de verb. sign.* „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi."

2) §. 1. 2. J. *de heredum qualitate et differentia* (II. 19.) L. 12. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) S. auch die folg. Note.

3) L. 15. D. *h. t.* „Is qui putat se necessarium, quum sit *voluntarius*". — L. 86. §. 1. D. *de hered. inst.*

Digitized by Google

Sclaven des Testirers necessarii heredes genannt[4]), da sie Erben nicht nur werden, sondern auch bleiben mußten; wodurch denn für den Fall der Insolvenz des Nachlasses es verhütet werden konnte, daß der Concurs im Namen des Testirers eröffnet werde[5]); nur die Mil-

XXVIII. 5. — Pr. §. 1. u. 2. J. *h. t.* (II. 19.) „Heredes — aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. Necessarius est servus heres institutus, ideo sic appellatus, quia, sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres fit. — — — — Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri liberi, qui modo in potestate morientis fuerint. — — — Necessarii — ideo dicuntur, quia omni modo, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.“ Vergl. Gaji inst. II. §. 152. 153. 156. 157.

4) S. die vorhergehende Note u. *Ulp.* Fr. Tit. XXII. §. 24. (unten Note 11.). Vergl. auch Band 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 146. Note 25., wo übrigens nachgewiesen ist, daß auch die sui bisweilen necessarii ohne sonstigen Zusatz genannt wurden. S. auch die folg. Note a. E.

5) §. 1. J. *h. t.* *Gaj.* inst. II. §. 154. „Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum — — liberum et heredem instituere, ut, si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis, quam ipsius testatoris bona veneant, i. e. ut ignominia, quae accedit ex venditione bonorum hunc potius heredem, quam ipsum testatorem contingat.“ — Vgl. §. 1. J. *qui, quib. ex caus. manumittere non poss.* (I. 6.) u. L. 3. Th. Cod. *de inoff. test.* II. 19. — Ein Recht zu abstiniren hatte also der servus nicht; L. 57. §. 2. D. *h. t.* In der L. 32. D. *de manumiss. test.* (XL. 4.) „Sciendum est, necessario herede existente, quamvis se abstineat, tamen libertates

Digitized by Google

derung ließ man ihnen angedeihen, daß sie ihres nachmaligen Erwerbs wegen eine Separation von der Erbmasse nachsuchen und dadurch bewirken konnten, daß sie nicht genöthigt waren, die Schulden des Erblassers mit ihrem sonstigen Vermögen zu decken, vorausgesetzt nämlich, daß sie sich noch nicht eingemischt hatten [6]); sie hörten dadurch zwar nicht auf Erben zu seyn, waren aber durch Abtretung der Erbmasse an die Gläubiger nicht nur von weiteren Ansprüchen derselben befreit, sondern konnten auch den Betrag ihrer eignen Forderungen gegen den Testirer abziehen [7]). Auch die sui heredes [8]) werden ipso jure und mit rechtlicher Nothwendigkeit Erben, mag der Erblasser sie im Testament zu Erben berufen, oder bei der Intestaterbfolge es haben bewenden lassen [9]), weshalb

competere" — ist der Ausdruck necessarius heres offenbar von einem suus et necessarius zu verstehen. S. die Gl. Acc. *necessario* zu dieser Stelle.

6) Vergl. *Gaj.* II. §. 155. §. 1. J. *h. t.* L. 1. §. 18. D. *de separationib.* (XLII. 6.) — „sciendum est, necessarium heredem servum — — impetrare posse separationem — —, si non attigerit bona patroni" —.

7) L. 1. §. 18. in f. *de separat.* — „quidquid postea adquisierit separetur, *sed et si quid ei a testatore debetur*". — Eine Naturalobligation konnte nämlich zwischen dem Herrn und seinem Sclaven bestehen; L. 64. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.)

8) Ueber den Begriff der sui (— sui et necessarii heredes), sowie über die Ableitung des Namens findet sich eine ausführliche Erörterung Bd. 36. d. Comment. §. 1421. b. S. 140—143.; und über die einzelnen Arten der sui, besonders über die postumi sui, ebendas. S. 153. fgg.

9) S. oben Note 3.; auch L. 14. D. *de suis et legit. he-*

Digitized by Google

denn auch willenlose, zur Erbschaftsantretung nicht befähigte Personen — Wahnsinnige und Kinder — als sui heredes die Erbschaft erwerben und auf ihre Erben transmittiren [10]); indessen gestattete ihnen das prätorische Edict die Befugniß, sich von der Erbschaft wieder loszusagen, — die abstinendi potestas [11]), oder das von den Neueren s. g. beneficium abstinendi (s. §. 1488—1490). Ab-

redib. (XXXVIII. 16.) „In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt." L. 3. C. *de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate.*" (VI. 30.) Ferner gehören auch hieher die Citate der folg. Noten.

10) §. 3. J. *de hereditatib. quae ab intestato deferuntur.* (III. 1.) „Sui — etiam ignorantes fiunt heredes, et, licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia, quibus ex causis ignorantibus acquiritur nobis, ex his causis et furiosis acquiri potest —, Et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis —, nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso jure." — L. 63. D. *h. t.*

11) *Gaj.* II. §. 158. „Sed his Praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, *ut potius parentis bona veneant.*" — §. 2. in f. J. *h. t.* Ulp. Fr. XXII. §. 24. „Inter necessarios heredes, i. e. servos cum libertate scriptos, et suos et necessarios, i. e. liberos qui in potestate sunt, *jure civili* nihil interest: nam utrique etiam inviti heredes sunt. Sed *jure praetorio* suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur." — L. 57. D. *h. t.* — Dasselbe Recht stand auch der uxor in manu und den in mancipio befindlichen Individuen zu; Gaj. II. §. 159. 160.

Digitized by Google

stinere ist der technische Ausdruck hiefür, theils weil repudiare genau genommen nur von dem Aufgeben eines Rechts zu erwerben gebraucht wird, nicht von dem Aufgeben eines bereits erworbenen Rechts [12]), theils weil die regelmäßige Bedingung dieser Rechtswohlthat ist, daß man die Erbschaft noch nicht berührt — sich noch nicht eingemischt, also sich von der Erbschaft zurückgehalten habe [13]). In ähnlicher Art verhält es sich mit dem Ausdruck immiscere, in Beziehung auf Handlungen, welche die Absicht andeuten, die Erbschaft haben oder vielmehr behalten zu wollen; wogegen dieselben Handlungen eines voluntarius heres durch pro herede gerere bezeichnet zu werden pflegen [14]), ein Ausdruck, welcher streng genommen auf den necessarius nicht paßt, indem dieser ja schon Erbe ist [15]).

Man bemerke aber außerdem noch Folgendes:

1) Ein rechtliches Hinderniß, welches allem erbrechtlichen Erwerb im Wege steht, hindert auch den Erbschaftserwerb für den necessarius heres [16]); aus diesem Grunde

12) L. 1. §. 7. D. *de successor edicto.* (XXXVIII. 9.) — — „quod acquisitum est, repudiari non potest.“ Vergl. L. 13. pr. D. *h. t.*

13) L. 11. 12. L. 57. pr. D. *h. t.* S. auch den folg. §.

14) S. z. B. Gajus II. §. 116. a. E. Ulp. Fr. XXII. §. 26. Vergl. unten §. 1491.

15) Doch gebrauchen ihn die classischen Juristen auch von Einmischungshandlungen eines suus heres; L. 20. pr. u. §. 1. D. *h. t.*

16) Ueber die Aeußerung von §. 4. J. h. t. in der L. 49. §. 1. D. *de hered. inst.* „In *extraneis* heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamentifactio“, — s. Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 123—127.

Digitized by Google

wird denn auch, wenn ein Postumus zu erwarten ist, der durch sein Erscheinen das Testament rumpiren würde, dem suus heres die Erbschaft noch nicht sofort erworben[17]).

2) Zu der Eigenschaft eines necessarius heres ist es nicht hinreichend, daß der Erbe zur Zeit der Testamentserrichtung der Gewalt des Erblassers unterworfen war, es muß das auch zu der Zeit der Fall seyn, wo die Erbschaft deferirt wird, weshalb denn z. B. ein beim Leben des Erblassers manumittirter Sclave als voluntarius heres die Erbschaft erwerben oder ausschlagen konnte[18]). Stirbt übrigens der Testirer in feindlicher Gefangenschaft, so wird auch hier die fictio legis Corneliae (die Annahme, er sey mit dem Augenblick des Eintritts der Gefangenschaft gestorben) geltend gemacht, d. h. ungeachtet man nicht sagen kann, der Erbe sey der Gewalt des Testirers bei dessen Tode unterworfen gewesen, ist derselbe dennoch als necessarius heres anzusehen[19]).

17) L. 84. D. *h. t.* — Die nähere Erklärung dieser Stelle s. unten zu Note 50. fg.

18) §. 1. J. *de heredib. inst.* Gaj. II. §. 188. Ulp. Fr. XXII. §. 11. S. oben Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 199. — Auch der statu liber wird als voluntarius heres betrachtet, hat also das Recht zu abstiniren, sobald die Bedingung oder die Zeit der Freilassung eingetreten ist; L. 3. §. 3. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) L. 71. §. 1. D. *h. t.*

19) L. 12. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) — „Quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit, seu velit, seu nolit, *licet minus proprie necessarius heres dicatur;* nam et filius ejus, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, *quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate mo-*

Digitized by Google

3) Es kann der Erblasser aber durch die Art der testamentarischen Anordnung bewirken, daß der seiner Gewalt unterworfene Erbe als heres voluntarius erwirbt, nämlich wenn er ihn unter der Bedingung: falls er Erbe werden wolle (si volet) einsetzt[20]). Umgekehrt wird es möglich, daß der Testamentserbe, ohne suus heres zu seyn, dennoch diese Eigenschaft erhält, nämlich a) wenn ein Großvater seinen Enkel von einem enterbten Sohn einsetzt oder dem eigesetzten Sohn substituirt, in welchem Falle derselbe als necessarius heres die Erbschaft ipso jure erwirbt[21]), imgleichen b) wenn ein Ascendent seine eignen necessarii heredes pupillariter substituirt, d. h. sie zu

rientis non fuit." — S. über diese Fiction Bd. 39. d. Comment. §. 1433. S. 23—26.

20) L. 69. in f. L. 86. §. 1. D. *de heredib. inst.* L. 12. D. *de condit. inst.* (XXVIII. 7.) — S. hierüber Bd. 41. d. Comment. §. 1457. S. 71. fg.

21) Arg. L 6. §. 5. D. *h. t.* „Interdum filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, utputa si nepos ex filio exheredato heres sic institutus; patrem enim suum *sine aditione* faciet heredem, et quidem necessarium." Eine Erklärung dieser Stelle ist bereits im sechsunddreißigsten Bande d. Comment. §. 1421. h. S. 143. fg. Note 13. gegeben, wo sich auch die entgegengesetzte Meinung von *F. L. A. de* Lassberg (obs. ad jus sui heredis praes. ratione nepotis. Jen. 1821. §. 20—25. widerlegt findet. S. auch unten Note 60—62. Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, wenn der Erbe erst nach dem Tode des Großvaters die Rechte eines suus heres in Beziehung auf dessen Vermögen erhält, wovon L. 1. §. 8. D. *de suis et legitim. hered.* (XXXVIII. 16.) und §. 7. 8. J. *de heredit. quae ab int. deferuntur* sprechen. S. Bd. 36. d. Comment. S. 141. und S. 160. fgg. (Nr. C. u. Note 57.)

Digitized by Google

Erben des unmündigen Descendenten erner
sie in diesem Falle Erben des Pupillen wer
sie diesem doch ipso jure, wie wenn sie
sarii heredes wären[22]).

4) Es ist nicht selten behauptet, daß
sten Recht auch Emanzipirte das Recht de
spruch zu nehmen hätten, folglich auch a
sarii die Erbschaft ipso jure erwerben
ben transmittiren[23]). Die älteren Sc
sich hiefür hauptsächlich darauf, daß
den emanzipirten Kindern civilrechtlic
gegeben habe, daß es mithin der ag
sessionis für dieselben nicht mehr

22) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. *de*
(XXVIII. 6.) Auch hierbei ist
bene Erklärung zu verweisen; V
S. 389. Nr. 1. Vergl. ebend.

23) Hellfeld berührt diesen Pu
chem sich überhaupt unpass
Zur Rechtfertigung der A
wird es nur eines Hinbl
bis 1490 bedürfen.

24) Auch auf §. 5. J. *de*
zu gründen versucht,
schied zwischen sui
legung dieser (auch
sich Bd. 37. d. C
dem Zeugniß vo
Nr. 4. soll die
zipirten und
gewesen
Juris
vo

Digitized by Google

allerdings zugegeben [illegible] kann es befriedigen, wenn man jede keineswegs, daß [illegible] stimmung von einem rein legislativen cessarii heredes [illegible] betrachtet und würdigt, — wenn man spricht nur von [illegible] vom bisherigen Recht als Aufhebung werd der Erbschaft; [illegible] früheren Prinzips selbst behandelt; hältniß eines [illegible] dadurch, daß man eine Bestimmung, [illegible] aten an derselben Stelle Erbrecht giebt, [illegible] oder sui heredes berufen werden, — so [illegible] en demselben hiedurch die Rechte eines Ag- [illegible] us überhaupt zugestanden. Mit gleichem C. I. §. [illegible] auch sagen: da Justinian nicht will, daß [illegible] brechts ein Unterschied zwischen sui und [illegible] ire, so hat er das Suitätsrecht ganz auf- [illegible] ebenfalls verwickelt man durch ein solches [illegible] re Quellen in Widersprüche und Schwie- [illegible] sich überall nicht lösen lassen[29]).

[illegible] un hierdurch allein schon feststeht: in der [illegible] des Intestaterbrechts für sui und emanci- [illegible] ch keineswegs eine Uebertragung des Suitäts- [illegible] auf die letzteren, so läßt sich dies auch noch anderen Wege darthun. — Dem Begriff eines [illegible] es liegt der einer Hörigkeit zu Grunde, — der [illegible] res ist der Gewalt des Ascendenten unterworfen [illegible] um necessarius heres, — Zwangserbe[30]); nur [illegible] Nothwendigkeit gemildert durch die potestas ab-

In der That wird dies auch von Stryk Diss. ab intestato Nr. I. Cap. II. §. 43., wenn gleich nur obenhin, behauptet. Vergl. Griesinger a. a. O. S. 294.

) S. z. B. den Commentar von Vinnius ad §. 5. J. *de exher. liber.* Nr. 4. Vergl. auch unten den Text zu Note 44.

) S. Bd. 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 145. fg.

Digitized by Google

ses als etwas Verschiedenes von dem Recht jure civili zu erben gedacht werden kann (wie wohl Niemand in Abrede stellen wird), so darf consequenterweise behauptet werden, daß nach wie vor emanzipirte Kinder und sui von einander zu trennen seyen [26]). Zu beklagen ist freilich, daß bei den zahlreichen Aenderungen des älteren Notherben- und Intestaterbfolge-Rechts durch kaiserliche Constitutionen das Verhältniß zum früheren Recht nicht genau bestimmt ist, ja öfter nicht einmal gehörig erwogen zu seyn scheint. Indessen müssen wir doch im Zweifel der bekannten und wohl begründeten Regel folgen, daß neben einzelnen Rechtsänderungen das frühere Recht mit seinen Folgesätzen noch insoweit besteht, als es durch jene nicht ausdrücklich abgeändert oder modifizirt ist. Daß es oftmals sehr schwer ist, auf diesem Wege zu sicheren und leicht anwendbaren Resultaten zu gelangen, — daß diese, was die innere Uebereinstimmung der also gewonnenen Sätze unter sich und mit den Grundprinzipien anbetrifft, keineswegs immer befriedigen können, — dies hat wohl Jeder erfahren, der das Intestat- und Notherbenrecht zum Gegenstande besonderer Erörterungen machte [27]). Al-

26) S. die in der Note 24. angef. Baldus, Contius, Rauchinus, Struve, *G. L.* Böhmer; ferner Schulting ad *Ulp.* Fr. Tit. X. §. 5. Not. 12. in f. Koch succ. ab int. §. 6. p. 19. ed. VIII. Glück Intestaterbfolge S. 552. fg. Note 75. Griesinger Gesch. u. Theorie der Suität §. 71.

27) M. s. z. B. (um von vielen nur ein Beispiel anzuführen) die Erörterung über den Einfluß neuerer Rechtsbestimmungen auf das Recht bedingter Erbeinsetzungen und Enterbungen von Notherben, Band 41. d. Comment. §. 1461. S. 158—185.

Digitized by Google

lein noch weniger kann es befriedigen, wenn man jede vereinzelte Rechtsbestimmung von einem rein legislativen Standpuncte aus betrachtet und würdigt, — wenn man also jede Abweichung vom bisherigen Recht als Aufhebung oder Aenderung des früheren Prinzips selbst behandelt; dies geschieht aber dadurch, daß man eine Bestimmung, welche einem Cognaten an derselben Stelle Erbrecht giebt, an welcher Agnaten oder sui heredes berufen werden, — so interpretirt: es seyen demselben hiedurch die Rechte eines Agnaten oder eines suus überhaupt zugestanden. Mit gleichem Recht könnte man auch sagen: da Justinian nicht will, daß hinsichtlich des Erbrechts ein Unterschied zwischen sui und emancipati existire, so hat er das Suitätsrecht ganz aufgehoben[28]). Jedenfalls verwickelt man durch ein solches Verfahren unsere Quellen in Widersprüche und Schwierigkeiten, die sich überall nicht lösen lassen[29]).

Wenn nun hierdurch allein schon feststeht: in der Gleichstellung des Intestaterbrechts für sui und emancipati liege noch keineswegs eine Uebertragung des Suitätsverhältnisses auf die letzteren, so läßt sich dies auch noch auf einem anderen Wege darthun. — Dem Begriff eines suus heres liegt der einer Hörigkeit zu Grunde, — der suus heres ist der Gewalt des Ascendenten unterworfen und darum necessarius heres, — Zwangserbe[30]); nur ist diese Nothwendigkeit gemildert durch die potestas ab-

28) In der That wird dies auch von Stryk Diss. ab intestato Nr. I. Cap. II. §. 43., wenn gleich nur obenhin, behauptet. Vergl. Griesinger a. a. O. S. 294.

29) S. z. B. den Commentar von Vinnius ad §. 5. J. *de exher. liber.* Nr. 4. Vergl. auch unten den Text zu Note 44.

30) S. Bd. 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 145. fg.

Digitized by Google

stinendi. Der Emanzipirte ist nicht der Gewalt seines Vaters unterworfen, es kann also auch für ihn keine Verpflichtung Statt finden, des Vaters Erbe zu werden; hat aber dies seine Richtigkeit, so folgt weiter daraus, daß er auch nicht die besonderen Rechte in Anspruch nehmen darf, welche das Gesetz an die Eigenschaft eines suus heres knüpft. Denn Beides, Recht und Verbindlichkeit, steht hier in genauer Verbindung, — Beides ist eine Folge der innigeren Familienbande, wodurch das Civilrecht den Vater mit seinen der Gewalt unterworfenen Kindern verknüpft [31]).

Aber noch einen anderen Grund hat man geltend gemacht, um den Emanzipirten das Recht der Suität zu vindiziren: die heutige Emanzipation beraube den Emanzipirten keines einzigen Familienrechts; der Verlust dieses Rechts sey eine Folge des alten Emanzipationsacts, — der imaginaria servilis conditio — gewesen, mit dessen Wegfallen auch jene Folge von selbst aufhören müsse, weshalb denn jetzt durch Emanzipation die väterliche Gewalt nur aufgehoben werde, soweit diese den Kindern lästig sey, nicht, soweit sie ihm zum Vortheil gereiche [32]). — Indessen ist die Voraussetzung völlig falsch, daß die Emanzipation um deswillen die frühere Wirkung nicht haben könne, weil sie nicht mehr durch imaginaria servilis causa vermittelt werde. Denn Justinian bestimmt ausdrücklich, daß ungeachtet des Wegfallens der alten Form dennoch die damit verknüpfte Wirkung auch auf die neue Emanzipationsform über-

31) Gaj. II. §. 137. (§. 2. J. *h. t.*) L. 11. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.) Vergl. Bd. 36. d. Comment. a. a. O. S. 144.

32) So Hellfeld jurispr. for. §. 162. u. *h. t.* §. 1489.

Digitized by Google

tragen seyn solle: ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri“[33]). Und an einem anderen Orte setzt er den suus heres einem emanzipirten Kinde sehr bestimmt entgegen, indem er bemerkt: nur der in der Gewalt Befindliche habe die Rechte eines suus heres (solus suus heres est), der Emanzipirte concurrire lediglich beneficio Praetoris zu einem Theile[34]).

Uebrigens gestehen auch die Vertheidiger der richtigen Meinung dem Emanzipirten das Recht eines suus heres schon nach röm. Recht in zwei Fällen zu[35]): einmal, wenn der Sohn durch seine Würde von väterlicher Gewalt befreit wird, indem ausdrücklich verordnet sey, daß er dadurch seine bisherigen jura legitima nicht einbüße[36]); sodann, wie die Emanzipation per rescriptum principis erfolgt und dabei die Suitätsrechte ihm vorbehalten sind[37]). — Daß für

33) §. fin. J. *de legit. anator. succ.* Vergl. L. ult. C. *de emancipat.* (VIII. 49.) — *A.* Schulting enarr. part. primae Dig. tit. *de adopt. rel.* §. 19.

34) §. 9. J. *de heredit. quae ab int. defer.* — Es darf nicht übersehen werden, daß hier nicht von dem möglichen Einfluß der Nov. 118. auf das zur Frage stehende Verhältniß die Rede ist, sondern von früher bereits eingetretenen Rechtsveränderungen.

35) S. hierüber Griesinger a. a. O. S. 297. fgg.

36) Nov. 81. c. 2. (nach der Uebersetzung von Homberg): — „Neque volumus, ut, qui ita suae potestatis factus est — perdat aliquid ex legitimis juribus sed tam familia quam ipse in familiam legitima jura intacta habeant, — — — eorumque liberi post mortem avorum in illorum potestatem recidant“. —

37) L. 11. C. *de legit. hered.* (VI. 58.) Vergl. Griesinger a. a. O. S. 299. Note o. u. unten Note 39. 40.

Digitized by Google

besondere Fälle der Befreiung von väterlicher Gewalt dies unbeschadet des Prinzips also bestimmt seyn könne, ist gewiß nicht zu läugnen; es ist dies eben so gut möglich, als es geschehen kann, daß Kraft testamentarischer Bestimmung Jemand necessarius heres wird, der es nach dem civilrechtlichen Prinzip nicht ist. (S. oben Note 21. 22.) Auch sind jene Annahmen sehr wohl begründet. Zwar spricht die Nov. 31. c. 2. (s. Note 36.) geradezu nur von dem Familien- oder Agnationsverhältniß, welches durch eine solche Befreiung nicht verloren gehen solle[38]). Indessen, da hinzugefügt wird: der Befreite solle seine Kinder nach des Großvaters Tode in der Gewalt haben, als wäre er nicht Kraft des Gesetzes, sondern durch den Tod seines Vaters von der väterlichen Gewalt frei geworden, so daß die kaiserliche Wohlthat ihnen also von ihren Rechten keines entziehe, — so kann es wohl nicht zweifelhaft seyn, daß hierbei die Ansicht zu Grunde lag: sie sollen nach wie vor als sui behandelt werden, außer daß sie der väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind. Und, was die zweite Annahme anbetrifft, so ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, daß Justinian, indem er den Vorbehalt der jura legitima bei der Emancipation gestattete, dabei nur an die agnatischen Successionsrechte dachte[39]); allein, daß einem Vater hiernach das Recht zustehe, dem Emancipirten auch die Sittlichkeitsrechte vorzubehalten, darf wohl nicht bezweifelt werden, und selbst wenn der Vorbehalt auch nur ganz allgemein auf die bisherigen gesetzlichen Rechte des Kindes gerichtet ist, so darf doch

38) Es soll nicht verloren gehen τὰ τῶν legitimων δικαιων; vgl. Schneider in der deutschen Uebersetzung Bd. VII. S. 396. Note 8.

39) Cuiacius a. a. O. §. 65. u. §. 71. Note a.

Digitized by Google

im Zweifel angenommen werden, es sey das Suitätsrecht mit darunter begriffen[40]). Ja es ist wohl anzunehmen, daß auch in anderen Fällen, wo Befreiung von väterlicher Gewalt ipso iure erfolgt — sei es nach röm. Recht (zur Strafe des Vaters) oder nach deutschem (z. B. durch Anstellung eigner Oeconomie), — dabei dem Kinde sein sonstiges Recht, folglich auch das eines suus heres vorbehalten bleibt[41]). Immer aber wird alsdann auch

40) Denn ein allgemeiner Ausdruck ist im Zweifel auch allgemein zu verstehen. S. L. 12. D. *de transactionib.* (II. 15.) und mein Lehrb. der Pand. Bd. I. §. 60. Nr. 4.

41) Doch wird dies häufig in Abrede gestellt; so z. B. von Hofacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. I. §. 622. Not. k. Glück im zweiten Bande des Comment. §. 162. S. 454. fg. u. anderen an dem nachher anzuführenden Orte der Forts. des Comment. genannten Schriftstellern. Giebt man indessen die Anomalie zu, daß Befreiung von väterlicher Gewalt sich mit einem Fortbestehen der Agnationsrechte vertrage, so muß man dasselbe auch in Beziehung auf Suitätsrecht gelten lassen. Allerdings ist die Grundbedingung der Suität väterliche Gewalt; aber eben diese ist ja auch das Prinzip der Agnation. Auch läugnen ja die meisten Vertheidiger der Ansicht, mit deren Bekämpfung wir es gegenwärtig zu thun haben, nicht, daß die Befreiung von der väterlichen Gewalt durch eine Würde die Suitätsrechte nicht aufhebe (s. z. B. Glück a. a. O.). Allerdings ist die Suität nicht eine bloße Folge des Agnationsverhältnisses, sondern noch besonders bedingt durch gegenwärtige väterliche Gewalt. Allein eines Theils steht ja nur zur Frage: ob nicht ausnahmsweise das Recht eines suus auch ohne ein solches Unterwürfigkeitsverhältniß Statt finden könne? und dies ist außer allem Streit; anderen Theils fragt es sich: ob nicht diese Ausnahme allenthalben ein-

Digitized by Google

der Begriff eines necessarius heres seinem vollen Sinne nach verstanden werden müssen, d. h. der also von vä-

treten müsse, wo Befreiung von väterlicher Gewalt unbeschadet der bisherigen Rechte des Befreieten eintritt? Ob dies der Fall sei, wenn die Befreiung durch eigene Oeconomie begründet wird? mag vielleicht nicht allenthalben anerkannt seyn. Wenn dies aber anerkannt ist, so läßt sich kein genügender Grund angeben, weshalb dem Kinde nicht auch sein volles bisheriges Recht in Beziehung auf den Vater und dessen Nachlaß verbleiben soll. Die Behauptung des Gegentheils ist bei vielen Juristen durch die Frage veranlaßt: ob dem Vater in Beziehung auf die Nachkommen des separirten Kindes das Recht der Pupillarsubstitution zustehe? Dies verneinten (bei Gelegenheit eines vorkommenden Falls) Grupen, Heineccius, Reinharth und Pufendorf gegen J. H. Böhmer u. A., und zwar mit Recht. (S. hierüber Bd. 40. d. Comment. §. 1450. S. 374. Note 95). Allein jenes Recht kann nur dem Ascendenten, der die väterliche Gewalt hat, zugestanden werden. Daraus, daß einem nicht in der Gewalt befindlichen Kinde ausnahmsweise Befugnisse zustehen, die regelmäßig durch väterliche Gewalt bedingt sind, folgt ja noch keineswegs, daß Rechte der väterlichen Gewalt auch gegen dasselbe ausgeübt werden können; sonst müßte ja auch behauptet werden, daß die väterliche Gewalt überhaupt noch fortdauere, und so käme denn am Ende eine völlig wirkungslose Befreiung zum Vorschein! Es beruht daher offenbar auf einer Begriffsverwechslung, wenn man das Recht pupillariter zu substituiren schlechthin von der Frage abhängig macht: ob das Kind Suitätsrechte hat, oder nicht? — Nach der hier vertheidigten Ansicht ist es denn auch sehr wohl zu rechtfertigen, wenn gesagt wird: gewisse Befreiungsgründe vernichten die Wirkung der väterlichen Gewalt, soferne diese lästig ist, nicht aber auch,

Digitized by Google

terlicher Gewalt Befreiete erwirbt mit rechtlicher Nothwendigkeit die Erbschaft, wobei ihm jedoch die potestas abstinendi bleibt[42]).

Es soll auch behauptet seyn: die Kaiser hätten den Enkeln von Töchtern in Beziehung auf den mütterlichen Großvater Suität zugestanden, indem sie dieselben zu dessen Verlassenschaft riefen[43]). Allein mit gleichem

soferne sie Vortheile gewährt. S. übrigens den im Text folgenden Satz und dazu die Note 42.

42) Soweit darf man nämlich den Satz: die Vortheile und Rechte bleiben, die Belästigung hört auf —, nicht ausdehnen, daß man sagt: ein also Befreieter werde zwar ipso jure Erbe und transmittire sein Recht ohne Weiteres auf seine Erben, allein er sei kein Zwangserbe. Das würde eben soviel seyn, als wollte man sagen: er ist Erbe und ist es doch nicht. In der That aber ist diese Zwangsverbindlichkeit durch die potestas abstinendi practisch so gut wie aufgehoben. Zwar hat der Erbe, wenn er sich eingemischt hat, in der Regel kein Recht zur Abstention; allein auch der voluntarius heres wird durch Einmischungshandlungen (pro herede gestio) Erbe und muß es in der Regel bleiben. Vgl. hiezu Bd. 40. d. Comment. a. a. O. S. 373. fg. Was hier (S. 373. am Ende u. fg.) gesagt ist, läßt sich vielleicht noch bestimmter so fassen: da jeder suus abstiniren kann, also der Wirklichkeit nach nicht genöthigt ist Erbe zu werden (oder zu bleiben), nichts destoweniger aber seine Suitätsrechte behält, so liegt auch darin nichts juristisch Unmögliches, daß Jemand die Rechte eines suus heres habe, ohne daß der Vater die Rechte ausüben darf, die ihm sonst in Beziehung auf seine sui heredes zustehen.

43) Wenigstens wird dies bezeugt von Griesinger a. a. O.

Digitized by Google

Rechte könnte auch behauptet werden, daß Enkel sui heredes ihrer Großmutter oder Urgroßmutter geworden seien, wenn doch einmal die gesetzliche Berufung zur Succession eines Ascendenten diese Eigenschaft begründen soll. Die Antwort hierauf: aber Mütter u. s. w. können überall keine *sui heredes* haben, ist gewiß sehr ungenügend, wenn man eben Jemandes Recht als suus heres auf nichts anderes zu gründen weiß, als darauf, daß ihm neben sui heredes des Erblassers gesetzliches Erbrecht zugestanden sey. Man sieht besonders an diesem Beispiele, zu welchen Begriffsverwirrungen es leicht führen kann, wenn einzelne Rechtserweiterungen auf das Prinzip selbst bezogen, oder so interpretirt werden, als liege darin eine völlige Umwandlung der Grundsätze und Grundbegriffe des früheren Rechts[44]).

Das Resultat der vorausgehenden Erörterungen ist mithin: ipso jure erwerben die Erbschaft sui heredes, so wie solche, welche ungeachtet ihrer Befreiung von väterlicher Gewalt Suitätsrechte behalten haben, endlich diejenigen, denen Kraft testamentarischer Verfügung in dem Testamente eines Ascendenten die Eigenschaft eines necessarius heres verliehen ist. Von necessarii heredes im engeren Sinne (oder den zu Erben eingesetzten eignen Sclaven des Testirers) kann natürlich nicht mehr die Rede seyn.

Da nun für jene Personen der Erwerb ipso jure eintritt, so folgt von selbst, daß derselbe völlig unabhän-

§. 67. S. 284. fg., welcher diese Ansicht bekämpft, übrigens aber seinen Gegner nicht nennt; ich habe freilich Keinen finden können, der die obige Behauptung aufstellt.

44) Vgl. oben den Text zur Note 29.

Digitized by Google

gig ist von den Erfordernissen, wodurch eine rechtsgiltige Willensäusserung bedingt wird. Daß es auf Willensfähigkeit nicht ankommt, oder daß auch willenlose Personen ipso iure die Erbschaft erwerben, wurde bereits oben bemerkt[45]). Eben so wenig hindert ein Irrthum des Zwangserben den Erwerb, mag er ein rechtlicher oder factischer Irrthum seyn[46]). — Hieher gehört die folgende Entscheidung in dem 15. Buch der Quästionen von Paulus[47]): Ein ohne Testament verstorbener Mann hinterließ zwei Kinder, die seiner Gewalt bis an seinen Tod unterworfen gewesen waren, einen Sohn und eine Tochter. Letztere starb in der Meinung, daß sie kein Recht zu dem väterlichen Nachlasse habe[48]) und bekümmerte sich weiter gar nicht darum. Der Bruder, welcher allein die Erbschaft in Besitz genommen hatte, starb mit Hinterlassung einer unmündigen Tochter. Die Vormünder derselben, welche den großväterlichen Nachlaß verkauft hatten, schlossen hierüber die übliche Stipulation durch einen erbschaftlichen Sclaven mit dem Käufer ab.

45) S. oben Note 10. u. Averanius interpret. jur. Lib. I. c. 9. nr. 1. u. 12.

46) §. 3. J. *de heredit. quae ab int. defer.* L. 14. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.). L. 3. C. *de jure delib.* (VI. 30.). S. auch die folgenden Noten.

47) L. 20. §. 1. D. *de stipul. servor.* (XLV. 3.)

48) In der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. wird vorausgesetzt, es liege hierbei ein factischer Irrthum zu Grunde; Bd. IV. S. 682. Note 265. Der Ausdruck deutet aber auf das Vorhandenseyn eines rechtlichen Irrthums hin: „filia eo animo fuit semper, ut existimaret, nihil ad se ex hereditate patris pertinere“. In der Sache selbst ist es aber einerlei.

Digitized by Google

Es entstand daher die Frage: wem aus dieser Stipulation erworben sei, nämlich ob allein der Pupillin, oder ob auch deren Vaterschwester? Für ersteres schien der Umstand zu sprechen, daß ja jeder bonae fidei possessor eines Sclaven durch denselben erwerben kann. Paulus entscheidet sich aber dafür, daß beiden erworben werde, da die verkauften erbschaftlichen Objecte ja beiden gemeinschaftlich zugehörten und (worauf es hauptsächlich ankam, obwohl Paulus dies nicht bestimmt hervorhebt) der stipulirende servus selbst zur Erbmasse gehörte. Als solchen hatte man sich seiner bei jener Stipulation bedient, mithin erwarb er den wirklichen Erben, und dazu gehörte, ungeachtet ihres Irrthums, auch die Tochter des Erblassers. — Eben so wenig schadet die irrthümliche Meinung eines rechtlichen Impediments hier dem Erwerb. Ein solches Hinderniß kann, wie bereits bemerkt wurde, durch einen zu erwartenden Postumus begründet werden. (S. oben Nro. I. und Note 17.), wenn nämlich ein Testament errichtet und in demselben der Postumus präterirt ist. Denn ist er eingesetzt, so erwerben die Miterben einstweilen den Theil, wozu sie berufen sind, stirbt der Erblasser ohne Testament, so werden einstweilen drei Theile für den Postumus zurückgelegt [49]). Der extraneus heres nun kann in dem Falle, daß der Postumus durch sein Erscheinen das Testament rumpiren würde, auch selbst alsdann nicht erwerben, wenn man die hinterlassene Gattin des Testirers irrthümlich für schwanger hielt, dem Erwerb des suus steht aber ein Irrthum dieser Art

49) Vgl. L. 3. u. 4. D. *si pars hereditatis pet.* (V. 4.) L. 7. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.). L. 36. D. *de solut.* (XLVI. 3.). S. hierüber die weiter unten folgende Ausführung.

Digitized by Google

nicht im Wege. Papinian äuſſert ſich hierüber in dem ſechszehnten Buche der Quäſtionen[50]), wie folgt: Ventre praeterito, si filius, qui fuit emancipatus aut exter (extraneus) heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est". — Der erſte Theil der Stelle hat keine bedeutenden Schwierigkeiten; nur iſt vor den Worten: sed si vacuo ventre u. ſ. w. etwas zu ergänzen, was aber der Zuſammenhang des Ganzen leicht an die Hand giebt. Eine freie Umſchreibung des Satzes würde etwa ſo lauten: Hat der Teſtirer einen Poſtumus präterirt (ventre praeterito) und einen Emanzipirten oder auch einen Dritten (exter oder extraneus ſteht hier im Gegenſatz von filius) eingeſetzt, ſo können die eingeſetzten Erben nicht erwerben, wenn man auch irrigerweiſe die Frau für ſchwanger hielt. Anders verhält es ſich mit dem suus. Auch dieſer erwirbt zwar nicht ſofort und ipso jure, wenn die Frau wirklich ſchwanger war; iſt dies aber nicht der Fall (si vacuo

50) L. 84. D. h. t.

Digitized by Google

ventre mulier fuit) und der suus stirbt, ehe sich dies aufklärt, so ist er Erbe gewesen und transmittirt mithin sein Recht auf seine Erben. — Der Grund dieser Entscheidung ist klar. War die Frau schwanger, so fand noch eine Ungewißheit über die Delation des Erbrechts Statt. Aus dem Testament konnte es nicht deferirt seyn, wegen der Ungewißheit, ob das Testament bei Kräften bleiben werde; ab intestato aber eben so wenig, so lange es noch ungewiß blieb, ob nicht das Testament gelten werde. Ist aber die Erbschaft noch nicht pure deferirt, so kann sie auch nicht erworben werden, weder von dem suus noch von dem extraneus heres. Hat dagegen der Zweifel keinen Grund, so ist das Erbrecht pure aus dem Testament deferirt, mithin steht dem sofortigen Erwerb von Seite des suus nichts im Wege; der Erwerb einer Erbschaft aber durch eine Erklärung des Erben (Erbschaftsantretung) ist davon abhängig, daß man über sein Recht anzutreten nicht zweifelt[51]), folglich steht auch der unbegründete Zweifel, — hier also die irrige Voraussetzung der Schwangerschaft, dem Erwerbe entgegen[52]). — In dem folgenden Theil der Stelle (Ergo si ventre pleno sit mulier u. s. w.) wird angenommen, die Frau sei wirklich schwanger gewesen, der eingesetzte Erbe aber vor ihrer Entbindung gestorben. In diesem Falle wäre nach der rechtlichen Strenge das Erbrecht vernichtet, also das erbrechtliche Vermögen würde nicht an die Erbeserben kommen[53]).

51) S. z. B. L. 51. pr. D. *h. t.* und unten §. 1492. Nr. I. 2.

52) L. 30. pr. §. 1. 2. D. *h. t.* — Cujacius in Lib. XVI. quaest. Papin. ad L. 84. D. *h. t.* ed. Neapol. T. IV. p. 402. 403.

53) Nämlich abgesehen von der Möglichkeit einer ausser-

Digitized by Google

Diesem kann nun dadurch vorgebeugt werden, daß sich der Erbe vor der Entscheidung des Zweifels eine bonorum possessio mittelst Decrets (b. p. decretalis) geben läßt. Indessen wird eine solche B. P. nur alsdann gegeben, wenn das Erbrecht an sich feststeht, und lediglich der Delationsgrund und die Erbquote noch zweifelhaft ist. Dies aber trifft alsdann zu, wenn der instituirte Erbe ein Kind des Erblassers ist. Kommt ein Postumus zum Vorschein, so werden ja dessen Geschwister jedenfalls neben ihm Erben; wird kein lebendes Kind geboren, so bleibt es bei der testamentarischen Einsetzung. Ungewiß ist es daher nur, ob der Erwerb aus dem Testamente, oder nach gesetzlicher Bestimmung erfolgen werde, ob also die Erbschaftsquote die im Testament bestimmte bleibt, oder nicht. In jenem Fall hat die decretalis b. p. die Bedeutung einer secundum tabulas, in diesem, einer contra tabulas b. p.[54]). Ein Unterschied zwischen dem suus und emancipatus findet in dieser Hinsicht auch nicht Statt; die ratio: „quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est", paßt auf Beide, nur daß der suus, wenn bei seinem Leben das Hinderniß gehoben wird,

ordentlichen Transmission, wovon hier noch nicht die Rede ist. S. darüber unten §. 1496. Vgl. auch Note 58.

54) Durch die Präterition des Postumus ist auch dem eingesetzten Notherben die contra tabulas B. P. eröffnet. Mag er nun von derselben Gebrauch machen oder die testamentarische Verlassenschaft ausschlagen, um ab intestato zu erben, so tritt für ihn doch immer die Wirkung der contra tabulas B. P. in Ansehung der Vermächtnißzahlungen ein. Die nähere Ausführung hierüber wird man finden Bd. 37. des Comment. §. 1421. i. S. 31—44.

Digitized by Google

ipso jure Erbe iſt, der Emanzipirte aber ſich erſt erklären muß. Darin ſteht alſo der Emanzipirte dem extraneus gleich, in Beziehung auf die Möglichkeit, ſich eine proviſoriſche B. P. geben zu laſſen aber dem suus; dieſe B. P. kann der extraneus nicht erhalten, da es vor der Hand noch ganz ungewiß iſt, ob ihm überhaupt das Erbrecht werde deferirt werden[55]). — Hiermit ſtimmt auch eine Stelle von Paulus überein[56]). Sie lautet ſo: „Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo, *alius*, *qui heres institutus est*, *bonorum possessionem contra tabulas admittere potest*, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat: *quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede*, qui nec hereditatem interim adire potest“. Daß nämlich der *alius* qui heres institutus est, ebenfalls ein Kind des Teſtirers iſt, ergiebt ſich mit Beſtimmtheit aus der Erwähnung der contra tabulas b. p., wozu ja ein extraneus überall nicht zugelaſſen werden kann. Von einem Decret ſpricht Paulus nicht; ob er es nicht für nöthig

55) v. Löhr in dem Grolmanſchen Magaz. für die Philoſophie u. Geſch. des Rechts Bd. II. S. 448. Nr. 2. — Ueberhaupt aber ſind über die obige Stelle (L. 84. D. *h. t.*) zu vergleichen: Cujacius in Lib. XVI. Quaest. Papin. (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 402. sqq.) *Ed.* Caldera variar. lect. Lib. II. c. 3. (Meerman thes. T. III. p. 610. sqq.) v. Buchholtz juriſt. Abhandl. S. 55. fgg.

56) L. 4. §. 3. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.).

Digitized by Google

hielt (mithin auch diese provisorische B. P. für eine edictalis ansah), oder ob er die Erwähnung des Decrets als sich von selbst verstehend unterließ, mag hier dahin gestellt bleiben[57]). Am Schlusse wird aber noch auf einen Unterschied zwischen dem suus und emancipatus hingedeutet. Wie bestand nun dieser? Gewiß ist, daß der suus einer B. P. überall nicht bedarf, um sich sein Erbrecht zu erhalten, wenn die Frau irrthümlich für schwanger gehalten wurde (S. 310). Aber an den Fall scheint Paulus nicht gedacht zu haben, da er im Eingange von einem, qui in utero *est*, spricht. Wir müssen daher annehmen, daß er damit andeuten wollte, es sei, auch in dem Falle, wenn die Schwangerschaft wirklich begründet war, dem suus die provisorische B. P. nicht allemal nöthig, damit die Erbschaft an seine Erben komme. Dies nun ist alsdann ausser allem Zweifel, wenn er allein eingesetzt war und zwar starb, ehe es sich auswieß, ob der erwartete Postumus erscheinen werde, aber sein Erbe ebenfalls suus heres war. Gesetzt also, der Testirer instituirt seinen einzigen Sohn und hinterläßt eine schwangere Wittwe, ohne den Postumus berücksichtigt zu haben; der eingesetzte Sohn stirbt vor der Entscheidung mit Hinterlassung eines seiner Gewalt unterworfenen Kindes. Jetzt ist das Testament destituirt und es tritt die Intestaterbfolge ein, so daß mithin, wenn auch nicht angenommen werden darf, der verstorbene Sohn sey selbst schon Intestaterbe geworden, der Enkel des Erblassers

57) Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 446. fg. u. das. Note 1. a. E. Francke Notherbenrecht S. 91—93. v. Buchholtz a. a. O. S. 57. u. das. Note 91. Fabricius Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio. (Berl. 1837.) S. 185. Note 270. u. S. 286.

Digitized by Google

zur Intestaterbfolge als suus heres seines Großvaters kommt, allein, wenn kein Postumus erscheint, mit demselben, wenn ein solcher geboren wird[58]). Aller Wahrscheinlichkeit nach nahm man aber an, daß in einem Falle dieser Art der eingesetzte Sohn selbst Intestaterbe geworden sey, mithin sein Recht als ein bereits erworbenes auf jeden Erben transmittire; er konnte sich also die provisorische B. P. geben lassen und sich dadurch die besonderen Rechte eines bonorum possessor verschaffen, nöthig war sie ihm aber nicht[59]). Es beruht diese Voraussetzung auf einer viel besprochenen Stelle von African[60]), welche lautet wie folgt: „Si filius heres institutus sit omisso postumo, filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum. Quodsi nemo filio substitutus sit, et *solus ipse institutus sit*, tunc, quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit, neminem ex eo testamento heredem fore, *ipse filius intestato patri heres existat*; sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus,

58) L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.). Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 160. fg. (Nr. C.)

59) Es gilt also in dieser Hinsicht, was Gajus (commentar. III. §. 34.) von der bonorum possessio des Civilerben sagt: „quibus casibus beneficium — in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit interdicto, cujus principium est: *Quorum bonorum* uti possit“.

60) L. 16. D. *de liberis et postumis.* (XXVIII. 2.)

Digitized by Google

priusquam ei pareret, moriatur". — African unterscheidet hier zwei Fälle: Erstlich: der Testirer setzt seinen Sohn (und wie sich aus dem Folgenden ergiebt, seinen filius suus) zum Erben ein und substituirt ihm den Enkel von eben diesem Sohn. Stirbt nun der eingesetzte Erbe ehe es sich entscheidet, ob der unberücksichtigt gebliebene Postumus erscheinen werde, so wird der substituirte Enkel jedenfalls suus heres seines Großvaters[61]), mag der postumus erscheinen oder nicht: im letzteren Fall als Intestaterbe (s. Note 58), im ersteren Kraft der Substitution[62]). — Es wäre möglich, daß African bei seiner Entscheidung nur diesen Fall vor Augen hatte; es müßte alsdann interpungirt werden: si interim moriatur filius, postumo non nato, u. s. w. und der Sinn würde seyn: wenn der Sohn vor der Entscheidung (interim) stirbt, ein Postumus aber gar nicht erscheint, so erhält der substituirte Enkel den

61) African sagt: nepotem tam patri, quam avo suum heredem futurum. Da nämlich der Sohn durch seines Vaters, des Testirers, Tod von väterlicher Gewalt befreit wurde, so fiel nunmehr das von ihm erzeugte und bisher des Großvaters Gewalt ebenfalls unterworfene Kind unter die seinige, wurde also seines Vaters suus heres. Für die Frage, welche hier eigentlich zur Entscheidung stand, kam darauf zwar geradezu nichts an; es dient dies aber dazu, das persönliche Verhältniß desto bestimmter zu bezeichnen: der eingesetzte Erbe war in der Gewalt des Testirers und durch ihn auch sein Kind der nämlichen Gewalt unterworfen.

62) Nämlich in Folge des Grundsatzes, daß der Enkel, auch wenn er nicht suus heres ist, durch Einsetzung die Eigenschaft eines solchen erhalten kann. S. oben S. 295 Nr. a. dieses Bandes.

Digitized by Google

ganzen Nachlaß des Großvaters als dessen suus heres. Allein da das Resultat (nepotem avo suum heredem futurum) im Ganzen allemal dasselbe bleibt, mag der Postumus zur Welt kommen, oder nicht, so darf man immerhin die Worte postumo non nato unmittelbar zu dem voraufgehenden Satz ziehen, wo denn diese Worte den Sinn haben: postumo *nondum* nato; also: stirbt der Sohn, ehe der Postumus erschienen ist, so wird der Enkel jedenfalls suus heres des Großvaters, sey es aus der Substitution, oder als Intestaterbe[63]). — In der Entscheidung des zweiten Falls liegt nun der Beweis für unsere obige Voraussetzung: es ist dem zum Erben eingesetzten Sohne Niemand substituirt. Hier ist die Kraft des Testaments gebrochen (das Testament ist destitutum) mit dem Augenblick, wo der eingesetzte Sohn stirbt. Es kann mithin jetzt weder von einer secundum tabulas noch von einer contra tabulas B. P. weiter die Rede seyn, da kein Testament existirt, woraus oder wogegen die B. P. gegeben werden könnte[64]).

Nur der Zweifel wäre möglich: ob denn hier überhaupt noch von einem Erbrecht des Sohnes die Rede seyn könnte, da erst durch dessen Tod es gewiß wird, daß die Intestaterbfolge eröffnet ist. Diesen Zweifel aber beseitigt African durch Hinweisung auf einen analogen Fall. Wenn nämlich ein Haussohn unter einer potesta-

63) Cujacius (observ. III. 21. und ad Africanum Tr. IV. h. l.) meint, es müsse schlechterdings vorausgesetzt werden, daß der Postumus erschienen sey. S. dagegen Jauchius de negationib. Pand. p. 189. Francke Notherbenrecht S. 88. fg. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 50—52. und unsere obige Ausführung.

64) Vgl. Bd. 37. des Comment. S. 6. fgg.

Digitized by Google

tiven Bedingung eingesetzt ist, vor deren Erfüllung aber stirbt, und nicht etwa die Bedingung von der Art ist, daß ihre Erfüllung noch im letzten Augenblick seines Lebens möglich war, so wird angenommen, er sei in dem Moment seines Ablebens Intestaterbe des Vaters geworden [65]); ein Gleiches soll denn auch hier Statt finden. Nach dieser Erklärung verschwinden alle Schwierigkeiten und Widersprüche mit den obigen Entscheidungen, die man wohl in unserer Stelle zu finden geglaubt hat [66]). Allein man muß die factischen Voraussetzungen auch buchstäblich so verstehen, wie sie sich in der Stelle angegeben finden: Africans Entscheidung würde mit sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinigen seyn, wenn dem Sohn ein extraneus substituirt wäre, oder wenn er testamentarische Miterben hätte. Angenommen also, daß im ersten Falle der Substitut ein extraneus war, so blieb es beim Tode des instituirten Sohnes noch ungewiß, ob aus dem Testament werde geerbt werden, oder nicht, und eben so, wenn derselbe (im ersten wie im zweiten Falle) Miterben hatte. Er selbst kann folglich nicht Intestaterbe geworden seyn, sondern er hat nur das auch dem Emanzipirten zustehende Recht, eine vorläufige bonorum possessio nachzusuchen, welche dann, wenn ein Postumus erscheint, als secundum tabulas b. p. gilt, im entgegengesetzten Fall als contra tabulas b. p. [67]).

65) Averanius interpret. jur. Lib. V. c. 30. §. 16 u. 19. und Band 36. d. Comment. §. 1421. h. S. 371. fgg., woselbst (Note 27.) unserer Stelle auch schon Erwähnung geschehen ist.

66) S. Averanius l. l. §. 13 — 21. v. Buchholtz a. a. O. S. 50 — 55. Vgl. auch die folg. Note.

67) Vgl. noch über die Stelle Africans (ausser den Note 66

Digitized by Google

In zwei Fällen erhält also der eingesetzte suus heres die Erbschaft ipso jure, wo jeder Andere — also auch das emanzipirte Kind — sie nicht einmal durch Antretung erwerben könnte: erstlich, wenn die hinterlassene Gattin des Testirers nur irrthümlich für schwanger gehalten wurde, zweitens wenn er allein eingesetzt, ihm auch Niemand substituirt ist und die Erbeinsetzung durch seinen Tod unwirksam wird. Auf den ersten Fall bezieht sich auch folgende Stelle Ulpians, welche zugleich das Verhältniß zu dem Postumus bestimmt, wenn es an und für sich gewiß ist, daß jener Erbe (alleiniger oder Miterbe) seyn werde, gleichviel ob aus dem Testament oder ab intestato [68]): „Suum heredem, certum est, ex asse heredem esse, etsi putat, esse praegnantem mulierem, quae non est praegnans. Quid, si unum in utero habeat, an ex parte dimidia sit heres, sive institutum postumum proponas, sive intestatum patrem decessisse? Quod et Sextum Pomponium opinatum Tertullianus libro quarto Quaestionum refert; putasse enim, sicuti quum vacuo utero suus heres ex asse heres est, ita et quum unum gerit, nec per naturam humanae conditionis alium partum formare potest, quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet, ex parte dimidia et ignorantem fore heredem, non ex quarta, ut Julianus

angef. Schr.): Cujacius a. a. O. (Note 63), A. Faber conjectur. Lib. I. c. 10. Suerinus repet. lection. jur. c. 35. (bei Otto thes. T. IV. p. 55 sq.) Westphal von Testamenten u. s. w. §. 463. v. Löhr in dem Grolmanschen Magaz. Bd. II. S. 445. Note 1. Francke Notherbenrecht §. 8. S. 87—95.

68) L. 30. §. 6. D. h. t.

Digitized by Google

putat". — Es wird hier vorausgesetzt, daß der suus heres gleich bei dem Tode des Erblassers Erbe geworden ist. Dies aber kann (in dem hier angenommenen Fall, daß ein Postumus erwartet wird) nur möglich seyn, wenn entweder die Frau irrthümlich für schwanger gehalten wurde (in welchem Fall der eingesetzte suus das Ganze erhält), oder wenn der Postumus mit eingesetzt ist, oder wenn der Testirer überall kein Testament hinterlassen hat. In den beiden letztgedachten Fällen concurrirt der suus nur zu einem Theile des Nachlasses, dessen Größe aber, falls sie nicht durch das Testament festgesetzt ist, bis zum Erscheinen des Postumus ungewiß bleibt. Wird ein todtes Kind geboren, so erhält der suus natürlich ebenfalls das Ganze; so lange dies aber ungewiß bleibt, ist das einstweilige Rechtsverhältniß immer auf gleiche Art zu bestimmen. In unsern Quellen ist es sehr bestimmt anerkannt, daß für den Postumus einstweilen drei Theile aufbewahrt werden sollen, wegen der Möglichkeit von Drillingsgeburten[69]). Eine Hauptstelle hierüber ist aus dem 17. Buch von Paulus über Plautius[70]). Sie

69) L. 28. §. 5. D. *de judic.* (V. 1.) L. 3. 4. D. *si pars hered. pet.* (V. 4.). Allenfalls könnte die nachher zu erwähnende Stelle von Julianus (L. 36. D. *de solut.*) so verstanden werden, als ob noch mehr Theile zurückzulegen seyen. Doch äußert sie sich nicht bestimmt genug, um darauf die Ansicht zu gründen, daß auch über diesen Punct eine Meinungsverschiedenheit Statt gefunden habe.

70) L. 3. D. *si pars heredit. petat.* (V. 4.). — S. *Luc.* Tripp diss. de parte ventris hereditaria, ad Leg. 3. D. si pars her. pet. (in Oelrichs thes. Diss. in acad. Belgic. habitar. Vol. 1. Tom. 2. Nr. IX.)

Digitized by Google

beschließt mit den Worten: „ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia sed ex quarta *interim* heres erit“. Definitiv wird also dadurch der Erbtheil des Lebenden noch nicht bestimmt, sondern zu dem wievielten Theile er Erbe seyn und bleiben werde, ergiebt sich erst, wenn über die Geburt des erwarteten Postumus eine Entscheidung vorhanden ist. Hiernach vergrößert oder vermindert sich denn der einstweilige Erbtheil des früher bereits lebenden Erben[71]). Hierüber hat vielleicht auch nie ein Streit unter den römischen Juristen Statt gefunden, gewiß aber darüber, ob nicht das Erbrecht des Lebenden sich von vorn herein auf den Theil erstrecke, worauf nach dem wirklichen Ergebniß der Schwangerschaft derselbe Anspruch zu machen habe? Auch wer diese Frage bejahete, läugnete darum noch keineswegs, daß drei Theile der Erbschaft einstweilen für den zu erwartenden Postumus in Beschlag zu nehmen seyen und der Lebende das, was er über die Größe seines intermistischen Erbtheils von Erbschaftsschuldnern erhebe, an die Masse abliefern müsse. Sie behaupteten nur, daß seine die Erbschaft betreffenden Dispositionen — z. B. Geltendmachung von Forderungen, Vergleiche mit Gläubigern oder Schuldnern u. s. w. volle Wirksamkeit hätten für den Theil, zu welchem er nach der wahren Lage der Sache, und nicht blos nach der einstweilen angenommenen Möglichkeit von Drillingsgeburten berufen

Diese Stelle ist schon im achten Bande d. Comment. berücksichtigt, §. 572. S. 9. fg. Not. 17.

71) L. 4. D. *si pars hered. pet.* „Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est“.

Digitized by Google

war. Die Gegner aber waren der Meinung, er sey vor der Hand immer nur Erbe für den Anfangs ihm angewiesenen Theil und nur über soviel könne er wirksam verfügen. Sollte übrigens diese Ansicht der Sache practische Realität haben, so mußte man consequenterweise auch behaupten, daß der lebende suus heres, wenn er vor der Entscheidung stirbt, nur für den ihm gleich Anfangs zugewiesenen Theil Erbe geblieben sey; denn sonst steht ja doch jedenfalls die doli exceptio dem entgegen, welcher die von einem solchen Erben vorgenommene Handlungen, soweit dieselben über den interimistischen Erbtheil hinausgehen, anfechten will, allein zugeben muß, daß dieser Erbtheil sich jetzt vergrößert habe! — Julianus nun gehörte zu denen, welche die Frage verneinten, wie sich aus den Schlußworten der obigen Stelle von Ulpian (L. 30. §. 6. D. *h. t.*) ergiebt. Wir haben aber auch eine Stelle von ihm, worin er diese Ansicht vorträgt und zugleich die noch strengere von Ursejus Ferox, wonach (im Fall wirklicher Schwangerschaft) Handlungen der vorgedachten Art überall keinen rechtlichen Bestand haben, ehe es sich zeigt, zu dem wie vielten Theil der Lebende Erbe seyn werde [72]): „Si pater meus *praegnante uxore* relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem, nihil me consumsisse quidam existimant: *si nemo natus sit*, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. (So weit ging die Meinung von Ursejus Ferox, deren letzten Theil freilich wohl Niemand bezweifelte). Julianus notat: *verius est*, *me eam partem perdi-*

72) L. 36. D. *de salut.* (XLVI. 3.)

Digitized by Google

disse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt; et esse mulierem Romae Alexandrinam ab (ex) Aegypto, quae quinque simul peperit, et tum habebat incolumes, et hoc in Aegypto affirmatum est mihi“ [73]). Julianus macht also die Frage: in wieweit die Dispositionshandlung giltig sey? nicht von der wahren Beschaffenheit der Sache oder von dem noch ungewußten Ausgange abhängig, sondern von dem vorläufig dem lebenden Erben zugewiesenen Erbtheil, wogegen die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht etwa so argumentirten: nach den Gesetzen der Natur ist es gleich bei der Delation des Erbrechts entschieden, zu dem wie vielten Theile der Lebende Erbe seyn werde. Die Frage: wie viele Kinder wird die schwangere Frau gebähren? steht sogar schon mit dem Moment der Schwängerung unabänderlich fest, da eine Ueberschwängerung in das Reich der Unmöglichkeiten gehört [74]). Wir können

73) Vgl. L. 7. pr. D. *de reb. dubiis* (XXXIV. 5.) — „Et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est“ —. Die Wahrheit oder Unwahrheit der in beiden Stellen, so wie in L. 3. D. *si pars hered. petat.* referirten Sage von Fünflingsgeburten können wir auf sich beruhen lassen (vgl. Tripp Diss. cit. c. 2. §. 5.); jedenfalls hatte dieser Glaube keinen Einfluß auf die Frage: wie viele Theile einstweilen zu retiniren seyen?

74) L. 30. §. 6. D. *h. t.* — „nec per naturam humanae conditionis aliam partem formare potest, quod

Digitized by Google

dies freilich nicht wissen, ehe die Geburt erfolgt ist und darum erfordert die Vorsicht, auf eine Mehrzahl Bedacht zu nehmen; dies aber kann der Wahrheit keinen Eintrag thun[75]). Diese Meinung hat gewiß auch die besseren Gründe für sich, und überdies ist die von Julianus in die Compilation aufgenommene Stelle (die L. 36. D. *de solut.*) so unbestimmt ausgedrückt, daß sich aus ihr allein die Ansicht desselben mit Sicherheit nicht erkennen läßt. Zuerst heißt es: verius est me eam partem perdidisse, *pro qua heres fuissem.* Das ist doch wohl der Theil, welcher nach Abzug der für den Postumus zurückgelegten Theile an den bereits Lebenden gekommen ist. Darauf fährt er fort: aut quartam partem —, aut sextam, quia quinque nasci potuerunt. Also in dem Fall, daß mehr als drei geboren werden, soll die Handlung des lebenden Erben doch immer nur für den Theil wirksam seyn, der sich nach dem Ergebniß der Ge-

quidem post certum tempus conceptionis eveniet" —. Genau genommen steht dieser Grund mit der zu entscheidenden Frage in keiner Verbindung, da, wenn auch eine Superfötation möglich ist, diese doch von dem Erblasser selbst erfolgt seyn müßte, soll anders das dadurch erzeugte Kind den Miterben im Wege stehen. Ist dies aber der Fall, so würde nach dem Gesetz der Natur es zur Zeit der Delation immer feststehen, wie viele Postumen erscheinen werden. Der Jurist will also nur sagen: an sich ist es beim Tode des Erblassers entschieden, wieviel Kinder zur Welt kommen werden, wenn gleich uns dies unbekannt ist. S. auch die folg. Note.

75) L. 28. §. 5. in f. D. *de judic.* — „nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent —, sed nostram inscitiam adspici debere".

Digitized by Google

dutt als sein wirklicher Erbtheil herausstellt[76]). Warum soll denn nicht auch ein Gleiches alsdann gelten, wenn weniger als drei geboren werden? Jedenfalls sind daher die bestimmter lautenden Stellen der unsichern und schwankenden Entscheidung Julians vorzuziehen[77]).

Die Wirkungen des ipso jure erfolgenden Erbschaftserwerbs sind keine anderen, wie die des freiwilligen: der Erbe tritt activ und passiv in die übertragbaren Rechtsverhältnisse des Verstorbenen ein (vgl. §. 1488 Note 85) und transmittirt dieselben auf seine Erben, oder, soferne Andere durch ihn erwerben, erfolgt auch dieser Erwerb von selbst und ohne daß es hiezu einer Zustimmung des Erwerbenden bedarf. Die Anwendung hievon beschränkt sich übrigens auf das ehemalige Erwerbrecht eines väterlichen Ascendenten durch den seiner Gewalt unterworfenen Descendenten[78]), fällt mithin jetzt ganz weg[79]).

76) L. 4. D. *si pars hered. pet.* (S. Note 71.) L. 7. pr. D. *de reb. dub.*

77) Vgl. über die obigen Stellen die bei Schulting und Smallenburg T. VI. p. 103. angeführten Ausleger, denen noch beizufügen sind: *A.* Faber Error. Pragmat. Dec. XLIX. Err. 10. Tripp l. l. cap. 3. u. Westphal über Vorlegung u. Eröffnung der Testamente u. s. w. §. 69.

78) L. 6. §. 5. D. *h. t.* — S. oben S. 295. Note 21. u. Westphal über Vorlegung u. Eröffnung von Testam. §. 71.

79) Vgl. Bd. 39. d. Comment, S. 229—241.

Digitized by Google

§. 1488.

Insbesondere vom jus abstinendi*). 1) Dessen Erfordernisse.

Nach dem prätorischen Recht können sui heredes und die diesen gleichstehenden Erben sich von der ipso jure erworbenen Erbschaft wieder lossagen, sie haben das jus oder die potestas abstinendi (s. oben S. 292. Note 11). Dies Recht ist weder durch eine Läsion bedingt, noch an bestimmte Zeiten oder Formen gebunden. Jede erweisliche Willenserklärung, die Erbschaft nicht haben zu wollen, werde sie durch Worte oder durch Handlungen an den Tag gelegt, enthält eine rechtlich wirksame Abstention[80]), und überhaupt ist in dieser Beziehung der suus heres dem extraneus gleich, dessen Erklärung, eine ihm angefallene Erbschaft haben oder nicht haben zu wollen, an und für sich ebenfalls weder durch Zeitbestimmungen noch durch Formen beschränkt ist: „Praetor — (sagt Julianus) permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent“[81]). Auch wenn er zur Erklärung

*) *Jos.* Averanius interpret. jur. Lib. I. c. 9. *G. L.* Böhmer Exercit. de suo herede ab hereditate se abstinenti vel se immiscente: in Elect. jur. civil. P. I. Exerc. IV.

80) L. 12. D. *h. t.* S. auch die folg. Note. Averanius l. l. Nr. 74. Böhmer exercit. cit. c. 2. §. 11.

81) L. 89. D. *de legat.* I. Es gilt daher auch hier die allgemeine Regel: „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis iudicio

Digitized by Google

gedrängt wird und eine Deliberationsfrist erhält, ist sein Verhältniß von dem des freiwilligen Erben wesentlich nicht verschieden, d. h. erklärt er sich nicht innerhalb der Frist, so muß er die Erbschaft behalten, erklärt er, dieselbe nicht haben zu wollen, so liegt hierin eine Abstention [82]). Ferner steht ihm auch das Recht des extraneus heres zu, durch Anfertigung eines Inventars sich die Rechte eines Benefizialerben zu verschaffen, in welchem Falle dann freilich von Abstention nicht weiter die Rede seyn kann [83]). Nur darin zeigt sich ein Unterschied zwischen dem suus und extraneus heres: jener ist Erbe bis er sich erklärt hat, kann also bis dahin auch als Erbe in Anspruch genommen werden: „Qui sunt in potestate, statim heredes sunt —, nec quod se abstinere possunt, quidquam facit“ [84]). Daher kann denn auch derjenige, welcher dem suus heres fideicommissarisch substituirt ist, auf Restitution der Erbschaft antragen, ohne daß es erst einer Erklärung oder Einmischung des suus heres bedarf: „etsi non immiscuerit se hereditati, nihilominus actiones, quae ei et in eum competebant, ad Sempronium (dies war der Fideicommissar) transferen-

voluntatis“. — Gegen die durch nichts begründete Meinung von Mevius (decis. P. II. d. 143. Note 5.), es sey die Abstention in älterer Zeit eine förmliche vor der Obrigkeit vorzunehmende Handlung gewesen, s. Böhmer l. l. p. 112. Note g.

82) Vgl. Böhmer l. l. p. 112. u. 113. und Bd. 41. d. Comment. §. 1469. S. 383. fgg. (Nr. 15).

83) Vgl. Böhmer l. l. c. 3. §. 22. Bd. 41. d. Comment. §. 1468. 1469.

84) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testam.* (XXIX. 4.) Averanius l. l. Nr. 37.

Digitized by Google

tur“ [85]). Allein damit ist freilich nicht gesagt, daß er die Verbindlichkeiten eines Erben übernehmen und erfüllen müsse, weil er dieserhalb eher in Anspruch genommen wird, als er sich über das Behalten oder die Abstention erklärt hat: er darf vielmehr auch jetzt noch seine Absicht zu abstiniren erklären (s. §. 1490). Nur wenn er sich in die Erbschaft eingemischt hat, kann er in der Regel nicht mehr abstiniren, wenigstens nicht, wenn er bei der Einmischung bereits großjährig war (s. hierüber unten die Noten 95 fgg.). Sich in die Erbschaft einmischen, heißt solche Handlungen vornehmen, welche auf die Absicht, die Erbschaft annehmen oder behalten zu wollen, einen Schluß zulassen; z. B. auf Theilung provoziren, die hereditatis petitio anstellen, Schulden eincassiren oder zahlen, Erbschaftssachen in Besitz nehmen oder veräussern, vermiethen u. s. w. [86]). Wenn übrigens mit solchen Handlungen die Absicht, nicht Erbe werden zu wollen, verträglich ist, so kann man sich das Recht zu abstiniren durch eine Protestation erhalten [87]), ist jenes nicht der

85) L. 27. §. 3. in f. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.)

86) L. 20. D. *h. t.* (S. die folg. Note.) L. 86. §. 2. L. 87. pr. *eod.* L. 1. C. *de repud. vel abstin. her.* (VI. 31.). Böhmer l. l. §. 24.

87) Die röm. Juristen gaben den Erben es als Cautel an die Hand, auch in solchen Fällen eine Protestation einzulegen, welche einen völlig sicheren Schluß auf die Absicht, Erbe werden oder bleiben zu wollen nicht zulassen, um hierüber nicht in Streit zu kommen; L. 20. §. 1. D. *h. t.* „Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere, quae gerunt, sed aut pietatis, aut custodiae causa, aut pro suo (d. i. in Beziehung auf seine eignen Angele-

Digitized by Google

Fall (z. B. wenn auf Theilung provozirt, oder die hereditatis petitio angestellt wird), so würde die Protestation eine prot. facto contraria, mithin nichtswirkend seyn[88]).

Es kann mithin allerdings wohl die Handlung an sich einen Schluß auf die Absicht, Erbe werden zu wollen, rechtfertigen, sogar eine das Gegentheil bestimmt ausschließende Schlußfolgerung; in der Regel ist dies aber nicht der Fall, — d. h. es kommt das factum an sich nicht in Betracht, sondern die dabei zu Grunde liegende Absicht und diese ist denn, bei dem Mangel ausdrücklicher Erklärung hierüber, aus den Umständen, unter welchen man handelte, so wie aus den wahrscheinli-

genheiten); utputa patrem sepelivit —, si animo heredis, pro herede gessit, — si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse. Servos hereditarios pavit, jumenta aut pavit, aut distraxit; si hoc ut heres gessit, pro herede, aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat, quid fecit, consulens, ut salvae sint res hereditariae — —, apparet, non videri pro herede gessisse. Proinde et si fundos aut aedes locavit, vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres exstiturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit". L. 14. §. 8. D. *de religios.* (XI. 7.).

88) arg. L. 20. §. 4. in f. D. *h. t.* — „pro herede geri dicendum —, quoties accipit, *quod extra nomen et jus heredis accipere non poterat*". Vgl. mein Lehrbuch der Pand. Bd. I. §. 128. a. E.

Digitized by Google

chen Motiven der Handlung zu erkennen. Deshalb sagt Ulpian: „pro herede gerere, *non tam esse facti quam animi*“[89]). Allemal muß hierbei freilich die Art und Beschaffenheit der Handlung selbst berücksichtigt werden. Nimmt Jemand eine Handlung vor, welche ganz unstreitig zu seinem eignen Rechtsgebiet gehört, so kann hieraus natürlich keinerlei Präjudiz hergeleitet werden; z. B. er forderte gewisse Leistungen von dem Freigelassenen seines Vaters, die er auch ohne Erbe zu seyn fordern dürfte[90]). In andern Fällen giebt die Beschaffenheit der Handlung eine Vermuthung für den animus heredis an die Hand; z. B. wenn man erbschaftliche Gebäude reparirt, Erbschaftssachen in Besitz nimmt oder veräussert, ohne daß diese Handlungen durch den Drang der Umstände erklärt und gerechtfertigt erscheinen? Hier muß man allerdings seine Absicht, als bloßer negotiorum gestor handeln, oder sich den Erbschaftsgläubigern nicht verbindlich machen zu wollen erklären, sonst gelten jene Handlungen als Einmischungshandlungen. Im Allgemeinen aber nehmen die römischen Juristen an, es sey der animus heredis nicht zu vermuthen, in zweifelhaften Fällen also anzunehmen, der zur Erbschaft Gerufene habe nur eine Liebes- oder Nächstenpflicht erfüllt[91]), oder sonst als negotiorum gestor gehan-

89) L. 20. pr. D. *h. t.*

90) L. 20. §. 2. D. *h. t.* Vgl. L. 4. L. 29. D. *de operis libertor.* (XXXVIII. 1.)

91) Z. B. wenn man die Bestattung der Leiche des Erblassers besorgte (L. 14. §. 8. D. *de relig.* S. Note 93). Sogar, wenn man den Leichnam einer dritten Person in dem Erbbegräbniß bestattete, sollte daraus noch keine Verbindlichkeit, die Erbschaft behalten zu müssen, folgen,

Digitized by Google

delt[92]), die Protestation sey mithin nur Cautel, nicht nothwendig, um sich seine Freiheit zu abstiniren oder zu repudiiren zu erhalten[93]). Hieraus wird man ohne große Mühe die Prinzipien für die Entscheidung streitiger Fälle entnehmen können. Loyser referirt folgenden Fall. Die Kinder eines verschuldeten Erblassers hatten sich in einem Schreiben unterzeichnet: des verstorbenen Titii sämmtliche Erben. Die Wittenberger Juristenfacultät entschied: wäre diese Benennung von heredes ex tranei gebraucht, so würde dies allerdings als Erklärung, die Erbschaft antreten zu wollen, zu betrachten seyn; in dem vorliegenden Fall aber sey ein solcher Schluß unzu-

was freilich von Julianus bestritten wurde; L. 20. §. 3. D. h. t.

92) L. 20. §. 1. in f. D. h. t.

93) L. 14. §. 8. D. *de religios.* „Plerique filii, quum parentes suos funerant, vel alii qui heredes fieri possunt, *licet ex hoc ipso neque pro herede gestio*, neque aditio *praesumitur*, tamen, *ne vel miscuisse necessarii*, vel ceteri pro herede gessisse *videantur*, *solent testari*, pietatis gratia facere se sepulturam. Quid si supervacuo fuerit factum? Ad illud se muniro videntur, ne miscuisse se credantur, ad illud non, ut sumtum consequantur, quippe protestantur, pietatis gratia id se facere, plenius igitur eos testari oportet, ut et sumtum possint servare". Nöthig also (sagt der Jurist) sey freilich die Protestation nicht, um sich der Verbindlichkeit eines Erben zu entziehen, ja die allgemeine Erklärung: pietatis gratia se id facere genüge nicht einmal, um sich die Kostenforderung zu sichern; man müsse also die Erklärung so fassen, daß sie auch hierauf bezogen werden könne.

Digitized by Google

läſſig [94]). Angenommen nun, daß ſonſt keine Handlung der Kinder vorlag, woraus ihre Abſicht zu erben ſich erkennen ließ, erſcheint dies Erkenntniß auch hinreichend gerechtfertigt. Nicht nur werden im gemeinen Leben Kinder und Erben eines Menſchen für gleichbedeutend gebraucht, ſondern die sui heredes des Verſtorbenen ſind ja auch in der That deſſen Erben, dadurch alſo, daß ſie ſich ſo nennen, verzichten ſie noch keineswegs auf das Recht, ſich von der Erbſchaft wieder loszuſagen. Minderjährigen Erben ſind aber auch eigentliche Einmiſchungshandlungen unſchädlich. Dabei machen unſere Quellen indeſſen noch einen Unterſchied zwiſchen unmündigen und mündigen Minderjährigen. Erſtere werden durch ihre Einmiſchungshandlungen nicht einmal nach dem ſtrengen Recht verpflichtet. Letztere werden dagegen in integrum reſtituirt. *Gajus* Lib. XXIII. *ad edictum provinciale* [95]). „Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate Proconsul [96]) potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint [97]). Sed tamen et puberibus minorquis viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem

94) Leyser med. ad Pand. sp. 369. nr. 6. Vgl. Berger resp. P. II. Resp. 199.

95) L. 57. pr. u. §. 1. D. *h. t.*

96) S. Böhmer diss. cit. c. 2. §. 9. p. 109.

97) Gleichlautend iſt L. 11. D. *h. t.*

Digitized by Google

parentis appetierint, ex generali edicto, quod est de minoribus viginti quinque annis, succurrit, quum et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituit“ [98]).

Gestritten wird darüber, ob nicht auch der Pupill einer Restitution gegen die Einmischung bedürfe, wenn er unter der Autorität des Vormundes die Einmischungshandlung vorgenommen habe? Die verneinende Antwort wird hauptsächlich auf folgende Gründe gestützt: die Quellen bestimmen den Unterschied zwischen Pupillen und anderen Minderjährigen ganz allgemein, ohne zu unterscheiden, ob der Pupill allein, oder ob er tutore auctore gehandelt habe, und die Handlung des Tutor könne ihm keine Rechtswohlthat entziehen, die das Gesetz ihm einmal zugestanden habe; auch werde ja der Pupill nicht erst Erbe durch die Einmischung, sondern er sey es schon vorher, auf seine Erbenqualität könne es mithin keinen Einfluß äussern, ob er sich mit oder ohne tutoris auctoritas einmische. Endlich beruft man sich auf Entscheidungen römischer Juristen [99]). Diese Entscheidungen wollen wir nachher näher betrachten. Gegen die übrigen Gründe läßt sich etwa so argumentiren: was von einem Pupillen unter Autorität seines Tutor geschieht, gilt in der Regel ipso jure, mit Vorbehalt jedoch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand des verletzten Pupillen.

98) L. 1. C. *si minor ab hered. se abstineat.* (II. 39). L. 7. §. 5. D. *de minorib.* (IV. 4). Nach eben dieser Stelle kam auch minderjährigen Sclaven, wegen der ihnen verliehenen beneficium separationis, die Restitution zu Statten. Vgl. oben S. 291. Note 7.

99) *A.* Faber Error. Pragm. Dec. III. err. 5. Böhmer l. l. §. 20.

Digitized by Google

Eine Ausnahme von dieser Regel muß bestimmt ausgesprochen seyn; dafür kann es aber nicht gelten, wenn nur ganz allgemein gesagt ist: der Pupill bedürfe seiner Handlungen wegen keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dies ist vielmehr in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze unter der Voraussetzung zu verstehen, wenn er allein handelt. Auch läßt sich dem Grunde: es ist ja ohne Unterscheidung gesagt, der Pupill bedürfe keiner Restitution, — ein ähnlicher entgegensetzen: wer sich einmischt, darf hinterher eben so wenig noch abstiniren, als ein extraneus heres noch nach der Erbschaftsantretung ausschlagen darf, außer wenn er minderjährig ist; denn ein Minderjähriger wird gegen die Annahme restituirt[100]). Hier wird also eben so wenig zwischen mündigen und unmündigen minores unterschieden[1]). Ueberdies kann ja ein Pupill tutore auctore, und wenn er noch infans ist, der Tutor für denselben, eine Erbschaft giltig erwerben[2]), und dagegen, wie nicht zu bezweifeln ist, findet nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt; der Erbschaftsantretung steht aber die pro herede gestio gleich und was diese für einen extraneus heres, ist die Immixtion für den suus[3]), d. h. es wird zwar dadurch

100) §. 5. J. *h. t.* u. Gaj. II. §. 163.

1) Diesen Grund macht auch Voet geltend, comment. ad Pand. *h. t.* §. 33.

2) L. 5. L. 18. §. 2. C. *de jure delib.* (VI. 30.)

3) L. 20 D. *h. t.* L. 87. pr. eod. „Eum bonis patris se miscere convenit, qui remoto familiae vinculo (d. i. wenn er nicht suus heres wäre) pro herede gerere videretur". Pothier Pand. Justin. Tit. *de acquir. v. omitt. her.* Nr. X. Note 1. ad *h. l.* — Vgl. auch Averanius l. l. Nr. 21.

Digitized by Google

dem Letzteren die Erbschaft nicht erst erwerben, wie dem Ersteren, allein eine Lossagung von der Erbschaft ist in beiden Fällen nicht mehr möglich, m. a. W. der extraneus kann nicht mehr repudiiren, der suus nicht abstiniren, falls nicht Grund zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorhanden ist. — Diese Argumentation dürfte doch wohl das Uebergewicht über die entgegengesetzte behaupten. Es kommen daher nur die Entscheidungen unserer Rechtsquellen in Betracht, welche das Gegentheil beweisen sollen. Man beruft sich dafür auf zwei Stellen, welche beide Scävola zum Verfasser haben. Die eine ist aus dem fünften Buch der Responsa dieses Juristen entnommen[4]) und lautet so: „Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore et condemnata est; postea tutores abstinerunt eam bonis paternis, et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredem pervenerunt. Quaeritur, an hi ex causa judicati teneantur? Rescripsit: dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est". Indessen ist ja nicht gesagt: wie und durch welche Mittel die Abstention erfolgt sey? Es wird ausdrücklich in anderen Stellen von einer Abstention gesprochen, da, wo diese doch durch in integrum restitutio vermittelt wurde[5]), das Nämliche kann also auch hier sehr füglich vorausgesetzt werden[6]). Beweisender scheint auf den ersten Anblick die zweite Stelle[7]): „Defendente

4) L. 44. D. *de re jud.* (XLII. 1.)

5) L. 7. §. 5. u. 10. D. *de minorib.* (IV. 4.)

6) Vgl. Chessius interpr. jur. Lib. II. c. 21. Nr. 12. sqq. (jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 450.) Averanius interpr. jur. Lib. V. c. 30. Nr. 1.

7) L. 21. D. *de auct. et consens. tut.* (XXVI. 8.)

Digitized by Google

tutore pupillus condemnatus ex contractu patris accepit curatorem, inter quem et creditorem acta facta sunt apud nominatorem Caesaris infra scripta. Priscus procurator Caesaris dixit: *faciat judicata.* Novellius curator dixit: *abstineo pupillum.* Priscus procurator Caesaris dixit: *responsum habes, scis quid agere debeas.* Quaesitum est: an secundum haec acta adolescens a bonis patris abstentus sit? Respondit: proponi abstentum"[8]). — In diesem wie in dem vorigen Fall war allerdings eine Einmischungshandlung erfolgt; denn dafür muß es ohne Zweifel gelten, wenn der zur Erbschaft Gerufene sich auf Klagen der Erbschaftsgläubiger einläßt. Es kann aber auch das aus der zweiten Stelle hergenommene Gegenargument nicht dadurch beseitigt werden, daß man sagt: die Abstention sey durch in integrum restitutio vermittelt. Der Jurist beschreibt die Handlung des Abstinirens dahin: nachdem die Verurtheilung auf den Grund der Vertheidigung des Tutor erfolgt ist und der (wahrscheinlich mündig gewordene) Pflegbefohlne einen Curator erhalten hat, kommt es hierüber zu gerichtlichen Verhandlungen (acta facta sunt). Aufgefordert, dem Urtheil zu genügen, spricht der Curator blos die Worte: ich abstinire für meinen Pflegbefohlnen[9]) und diese Erklärung

8) Ueber diese Form s. Dukerus opusc. de latinitate veter. JCtor. p. 403.

9) Daß der Ausdruck *pupillus* bisweilen auch auf einen unter Curatel stehenden Minderjährigen bezogen wird, ist bekannt. S. L. 20, D. *de ritu nuptiarum* (XXIII. 2.) Die Handlung selbst war übrigens während der Impubertät vorgefallen, und darum wird hier die Möglichkeit einer zwiefachen Abstention angenommen.

Digitized by Google

hält der Jurist für genügend; an Vermittlung durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist also dabei nicht zu denken. In der That aber ist hier ein Fall vorhanden, wo die Handlung des Einmischens an sich schon nichtig war, oder doch die Wirkung einer Erbschaftsverwehrung für einen extraneus heres nicht hätte haben können, mithin auch für einen suus die Abstention nicht hinderte (Note 3): der Pupill war nämlich infantia major (wie sich daraus ergiebt, daß er bald nach erfolgtem Erkenntniß einen Curator erhielt); der Tutor hatte aber die Einmischungshandlung allein vorgenommen[10]), folglich entstand daraus keine erbrechtliche Verpflichtung für den Pupillen, da nur für einen pupillus infans Antretungs- oder Einmischungshandlungen vom Tutor allein ausgehen dürfen (Note 2). Wenn nun hiernach angenommen werden kann, daß auch der Pupill einer Restitution gegen die Einmischung bedürfe, falls diese auf einer an sich rechtlich giltigen Handlung beruht, so fragt sich nur noch: ob nicht in dieser Beziehung die mündigen minores, welche einen Curator haben, den Pupillen völlig gleich stehen, — ob also nicht auch für diese eine Restitution unnöthig ist, wenn sie allein handelten? Bejaht man diese Frage, so würde jetzt darin eine völlige Gleichheit für Minderjährige und Unmündige eintreten, da jene allemal einen Curator haben müssen. Gewöhnlich stellt man nun die unter Curatel stehenden Minderjährigen den Pupillen in Ansehung aller rein vermögensrechtlichen Beziehung gleich und dafür kann man sich denn auch auf eine Aeusserung der

10) Er war als Defensor für den Pupillen aufgetreten, wie Scävola ausdrücklich refetirt; es hatte also nicht (wie in dem ersten Fall) der Pupill tutore auctore gehandelt.

Digitized by Google

Kaiser Dioeletian und Maximian beziehen, welche rescribiren: wenn ein unter Curatel stehender Minderjähriger für sich allein einen Contract geschlossen habe, so gelte dieser überall nicht, „*quum non absimilis ei habeatur —, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.* Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempore praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis“ [11]). Zwar wollen Manche dies auf Veräusserungscontracte beschränken, da das Rescript blos von einem Verkauf spricht [12]). Allein der Grund (quum non absimilis habeatur u. s. w.) ist ganz allgemein, auch nicht abzusehen, warum man einen Verkauf für ein wichtigeres Rechtsgeschäft gehalten haben sollte, als eine Erbschaftsantretung; überdies wird in einer Constitution Justinians von dem Consens des Curators zur Erbschaftsantretung eines Minderjährigen gesprochen [13]), weshalb man denn die Stellen, welche die pro herede gestio eines Minor für eine rechtsgiltige Handlung erklären [14]), unbedenklich von solchen Minderjährigen verstehen darf, welche keinen Curator hatten [15]).

11) L. 3. C. *de in int. rest. minor.* (II. 22.)

12) Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. II. Abh. XII. S. 707. fg. Rudorff Recht der Vormundschaft. Bd. II. §. 123. S. 286. fg.

13) L. 26. C. *de administr. tut.* (V. 37.). Ganz willkührlich ist die Bemerkung Rudorffs (a. a. O. S. 286. Note 11.), daß die Erwähnung des Consenses in dieser Stelle auf einer offenbaren Gedankenlosigkeit beruhe.

14) Wie L. 12. C. *de jure delib.*

15) Böhmer l. l. §. 21. Eine nähere Erörterung der hier zur Frage stehenden Grundsätze kann natürlich an

Digitized by Google

aber einen Unterschied machen, ob der Kaufpreis bereits bezahlt sey, oder nicht, und die Entscheidung von Paulus nur in dem letzteren Fall angewandt wissen [23]), worin ihm andere Ausleger auch beistimmen [24]). Er gründet diese Ansicht auf eine Stelle von Marcianus [25]), welche hier aber in keiner Hinsicht etwas beweist, da sie nur bestimmt: wenn ein Schuldner vom Gläubiger die Erlaubniß zur Veräusserung des Pfandobjects erhalten habe, sich aber dennoch hinterher im Besitz der Sache befindet, so solle sein Einwand gegen die hypothekarische Klage: er habe das Object später wieder an sich angekauft, durch die replica doli beseitigt werden können, falls sich ergebe, er habe keinen Kaufpreis dafür entrichtet. Hier ist nämlich die Simulation ganz offenbar, mithin ein Verkauf überall nicht erfolgt, weshalb dem Gläubiger auch sein Recht nicht entzogen seyn kann [26]). Wie paßt dies aber hieher? Der Pfandschuldner beabsichtigte gar nicht zu kaufen, sondern wollte nur die Sache frei vom Pfandnexus behalten. Der Zwangserbe kauft aber wirklich. Ob er das Kaufgeld bereits gezahlt hat, oder nicht, kann darauf keinen Einfluß haben, nur muß im ersten Fall das von ihm gezahlte Geld auf die Schulden abgerechnet werden, im zweiten wird er zu voll auf Zahlung der Schulden belangt. — Eine andere Frage

23) Cujacius l. l. u. observat. Lib. 26. c. 15.

24) Pothier l. l. und Hunger in der deutschen Uebersetzung des Corpus juris h. l. Bd. III. S. 174. Note 190. a. E.

25) L. 8. §. 7. D. *quib. mod. pign. vel hyp. solv.* (XX. 6.)

26) L. 8. §. 6. in f. *eod.*

Digitized by Google

ist die: ob nur der Kauf des Gesammtvermögens als Einmischungshandlung gelte, oder auch der Kauf einzelner Erbschaftsobjecte? Ersteres behauptet Schulting u. A.[27]). Im Allgemeinen kann es aber wohl keinen Unterschied machen, ob der heimliche Ankauf auf das Ganze oder nur auf Einzelnes gerichtet ist. In den meisten Fällen, wird dem Zwangserben gerade nur an dem Besitz bestimmter Sachen gelegen seyn. Und wie, wenn er alle Sachen vereinzelt kauft? Oder wenn etwa der wichtigste Theil der Erbmasse aus einem Grundstück besteht und er dies kauft? Ist es wohl consequent, hier eine andere Folge eintreten zu lassen, als wenn er das Ganze ersteht? Auch ist das Gegentheil deutlich in folgendem Rescript anerkannt: „Si paterna hereditate te abstinuisti, non ideo, quod a creditoribus fundos comparasti, *si modo id bona fide feceris*, a posterioribus, qui sub eisdem obligationibus pecuniam patri crediderunt, jure conveniris“[28]). Nachdem der Sohn seine Abstention erklärt, kauft er von Gläubigern des Vaters mehrere Grundstücke. Jetzt belangen ihn nachstehende Gläubiger[29]). Die Kaiser rescribiren: der Umstand, daß er Sachen aus dem Nachlasse des Vaters erkauft habe, sey an sich noch kein Grund, ihn in Anspruch zu nehmen (*non ideo, quod* u. s. w. —

27) Schulting ad Gaji inst. Lib. II. Tit. 2. pr. (jurisprud. ante Justin. p. 92. Note 5. in f.). Hunger a. a. O. Wahrscheinlich ist auch Cujacius a. a. O. derselben Meinung.

28) L. 91. D. *h. t.*

29) Die Worte: qui *sub eisdem obligationibus* pecuniam patri crediderunt, gehen im Allgemeinen auf das Pfandrecht. Also: nachstehende Gläubiger, denen die nämlichen Sachen verpfändet waren.

Digitized by Google

jure conveniris), vorausgesetzt, daß er dabei bona fide verfahren sey. Also: ist dies nicht der Fall, so kann er in Anspruch genommen werden. Es wäre möglich, daß hierbei an das Recht gedacht sey, wonach der Käufer eines Pfandobjects, welcher in Folge einer Collusion mit dem verkaufenden Gläubiger für einen zu geringen Preis gekauft hat, die Sache restituiren, oder das an dem wahren Werth Fehlende nachzahlen muß[30]). Erwägt man indessen, daß die Abstention hier als der hauptsächlichste Grund angegeben wird, weshalb der Anfragende nicht belangt werden könne, so wird es wenigstens in hohem Grade wahrscheinlich, daß die nachstehenden Gläubiger denselben als Erben belangt hatten und sich darauf beriefen: die Abstention könne als eine rechtlich wirksame nicht angesehen werden, da der Beklagte Grundstücke aus dem väterlichen Nachlasse besitze. In welchem Falle ist nun aber hier der Erwerb als ein nicht bona fide geschehener —, als ein solcher zu betrachten, welcher die Abstention als eine simulirte, als eine wirkungslose erscheinen läßt? Dies ist nach der Analogie der Grundsätze über den Pfandverkauf zu bestimmen. Zunächst gehört hieher der Fall, wenn ein Pfandgläubiger das Pfand durch eine dritte, von ihm vorgeschobene Person an sich bringt, also er selbst der Käufer und Verkäufer ist; eine solche Veräusserung gilt als gar keine: „Et qui *sub imagine alterius personae, quam supposuerat*, jugiter tenet, *quum sibi negotium gerat, alienasse non videtur.* Jure enim pignoris obligatum praedium, neque *si per subjectam personam creditor*

30) L. 3. L. 4. und arg. L. 5. C. *si vendito pignore agatur.* (VIII. 30.)

Digitized by Google

comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert praejudicium, sed in eadem causa permanet, in qua fuit *ante hujusmodi collusionem*. — — Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare, creditorem *per suppositam imaginarii emtoris personam semper possessionem tenuisse*, — — potes — — ad restitutionem creditorem compellere“ [30a]). Allerdings ist dieser Fall von dem unsrigen darin verschieden, daß der Zwangserbe nicht auch selber verkauft. Allein wie dort der Kauf, so ist hier die demselben voraufgehende Handlung der Abstention als ein bloßes Scheingeschäft deshalb anzusehen, weil man sich auf verstecktem Wege etwas zu verschaffen suchte, was man auf offnem und ehrlichem Wege sehr gut hätte erwerben können, — wie denn dies ja auch in der Anwendung auf den Kauf des ganzen Vermögens ausdrücklich also bestimmt ist (s. Note 20). Es leidet aber auch keinen Zweifel, daß dasselbe hier anzunehmen sey, wenn der abstinirende Zwangserbe zwar geradezu für sich selber handelt, allein durch eine Collusion mit den verkaufenden Gläubigern um einen zu geringen Preis väterliche Erbschaftsstücke an sich bringt (s. Note 30). Mithin darf auf die vorstehende Ausführung folgende Regel gegründet werden: wenn ein abstinirender Erbe heimlicherweise das väterliche Vermögen oder einzelne Objecte desselben an sich bringt, oder wohl gar durch unerlaubte Collusion um einen zu geringen Preis erwirbt, so soll die Abstention als nicht geschehen, der Erwerb als wirksame Einmischung betrachtet werden.

Es wurde oben bereits bemerkt, daß die Abstention

30a) L. 10. C. *de distractione pignorum.* (VIII. 28.)

Digitized by Google

durchaus an keine Form gebunden ist, sondern jede erweisliche Willenserklärung des Zwangserben, die Erbschaft nicht haben zu wollen, als Abstention gilt. Natürlich kann alsdann auch nicht weiter von Verpflichtungen des Erbeserben aus einem solchen Nachlasse die Rede seyn. Davon macht Ulpian folgende Anwendung[31]): „Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit, sive minor, non esse necesse Praetorem adire, sed sufficit, se non miscuisse hereditati. Et est in semestribus Viviis Soteri et Victorino[32]) rescriptum: non esse necesse pupillis in integrum restitui ex avito contractu, quorum pater constituerat non agnoscere hereditatem, neque quidquam amoverat vel pro herede gesserat". Averanius mißversteht diese Stelle offenbar, wenn er darin die Aeusserung findet: es sey eine Restitution gegen den Erbschaftserwerb dem Notherben, welcher sich nicht eingemischt habe, unnöthig, indem derselbe ja nur geradezu abstiniren dürfe[33]). Ulpian sagt nur: wenn der Sohn zu erkennen gegeben hat, er wolle die Erbschaft nicht, so braucht auch sein Sohn und Erbe (der Enkel des Erblassers) sich gegen die großväterlichen Verbindlichkeiten nicht resti-

31) L. 12. D. *h. t.*

32) Wahrscheinlich ist hier zu lesen: in *semestribus D. Severi* Victorino rescr. S. Pothier ad h. l. Pand. Justin. Nr. 83. Vgl. Hunger in der deutschen Uebers. Bd. III. S. 142. Note 84., welcher liest: in sem. D. Severi Sotero et Vict. rescr. Die Flor. Lesart vertheidigt Brencmann ad h. l., außer daß er statt *Viviis* schreibt: Vibiis. Auch Bynkershoek observ. III. c. 7. hält *Soteri* für richtig.

33) Averanius interpr. jur. Lib. I. c. 9. nr. 78. sq.

Digitized by Google

tuiren zu lassen, da diese gar nicht auf ihn übergegangen sind.

Wie nun aber, wenn der Zwangserbe mit Tode abgeht, ohne sich erklärt oder eingemischt zu haben? Nach der Strenge des Rechts muß alsdann sein Erbe die dem Verstorbenen ipso jure erworbene Erbschaft mit dessen eigner Erbschaft annehmen, oder auf beide verzichten. Indessen dem Wesen nach ist das beneficium abstinendi eine wahre Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen einen nach der rechtlichen Strenge eingetretenen Nachtheil, außer daß es einer Nachsuchung zur Ertheilung derselben nicht bedarf und überhaupt das Recht zu abstiniren von den besonderen Erfordernissen der in integrum restitutio unabhängig ist. Das Recht auf Restitution, auch wenn es seinen Grund in einem besonderen Recht der Person hat, geht aber auf die Erben über.[34]). Schon nach allgemeinen Grundsätzen würde daher für den Uebergang des Rechts zu abstiniren auf die Erbeserben zu entscheiden seyn. In unseren Quellen wird aber dies Recht auch ausdrücklich anerkannt. So in folgender Stelle von Paulus[35]): „Si filius, priusquam sciret se necessarium exstitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur". Mehrere Ausleger finden hierin eine singuläre Entscheidung, wollen mithin, daß man bei den besonderen Voraussetzungen stehen bleiben müsse, an welche Paulus

34) L. 6. D. *de in integr. restit.* (IV. 1.) — Vgl. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. §. 22. S. 400—406. Nr. 2. 3. v. Wangerow Arch. für civilist. Pr. Bd. 24. S. 159.

35) L. 7. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

dieſelbe knüpft[36]). Hiernach würde denn alſo nur der Enkel als suus heres ſeines Vaters befugt ſeyn, die großväterliche Erbſchaft von der väterlichen zu trennen, wenn der Vater geſtorben iſt, ohne zu wiſſen, daß er ſeines Vaters necessarius heres geworden ſey; in allen anderen Fällen dagegen müßte der Erbe des Erben entweder beide Erbſchaften annehmen, oder beide ausſchlagen. Für eine ſolche Beſchränkung aber darf man ſich weder auf den Ausdruck der Stelle berufen, noch läßt ſie ſich durch andere Gründe rechtfertigen. Ein argumentum a contrario darauf zu gründen, daß der Juriſt den Fall auf die obige Art ſtellt, oder die von ihm angeführten factiſchen Vorausſetzungen als nothwendige Bedingungen der Entſcheidung zu betrachten, würde an und für ſich ſchon, hier wie in unzähligen anderen Entſcheidungen unſerer Rechtsquellen, im höchſten Grade bedenklich ſeyn. Mit gleichem Recht könnte man auch die in dem Pr. dieſer Stelle enthaltene Beſtimmung: wenn ein zum Erben ernannter Hausſohn jussu patris antrete, werde der Subſtitut ausgeſchloſſen —, ſo interpretiren, daß nach der Meinung von Paulus der Subſtitut nicht ausgeſchloſſen ſey, wenn der Erbe vor der Erbſchaftsantretung von väterlicher Gewalt befreit werde! Es ſetzt ja aber der Juriſt den Grund ſeiner Entſcheidung auch geradezu darin: weil der Vater hätte abſtiniren können (quia et patri ejus idem jus tribueretur); hieraus wird gefolgert: alſo müſſe der in ſeine Rechte eintretende

36) So A. Faber Error. Pragmat. Dec. XXXIV. Err. VI. p. m. 481. Stepyes die Transmiſſion der Erbſchaft nach röm. Recht. (Münch. 1831.) S. 46. fgg. Zum Theil auch Marezoll in der Zeitſchr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. Abſ. III. S. 93. fg. §. 4.

Digitized by Google

Sohn ebenfalls dazu befugt seyn. Und (wenn wir den Inhalt der Entscheidung selbst betrachten) weshalb sollte das Recht zu abstiniren gerade nur in dem Fall transmittirt werden, wenn der Erbe starb, ehe er den Anfall erfahren hatte? Weil (antwortet man) der Erbe, welcher den Anfall nicht kennt, sich auch nicht erklären konnte; es spricht in diesem Fall also die größere Billigkeit für die Transmission des jus abstinendi, wie in dem entgegengesetzten. Indessen kann dies schwerlich zugegeben werden. Für billig kann man ein Recht fürwahr nicht halten, das einen Erben zu der Alternative nöthigt, durch übereilte Annahme oder Ablehnung eines Erbrechts sich und seine Nachfolger entweder mit einer insolventen Erbschaft zu belasten, oder um einen Vortheil zu bringen. Zwar kann auch der suus heres sich eine Deliberationsfrist geben lassen, indessen das daran geknüpfte Transmissionsrecht ist ja erst durch Justinian eingeführt[37]), folglich darf es zur Erklärung einer Stelle von Paulus nicht benutzt werden. Angenommen also, daß man die Transmission des jus abstinendi nicht als etwas sich von selbst Verstehendes ansah, sondern dies Recht noch durch Berücksichtigung einer dafür sprechenden Billigkeit begründen zu müssen glaubte, so konnte das Resultat immer kein anderes seyn, wenn der Erbe den Anfall gekannt hatte, als wenn er ihn nicht gekannt hatte, ein darüber aufzustellender Grundsatz war daher so zu fassen: ist dem Erben eine Abstention möglich gewesen, so muß auch sein Erbe abstiniren können; wie denn dieser Grund auch in der That von Paulus angegeben wird. Es gewinnt aber dies Resultat auch eine erhebliche Unterstützung durch

37) L. 19. C. *de jure delib.* (VI. 30.)

Digitized by Google

die Eingangsworte der L. 19. C. *de jure deliberandi*[38]), worin Justinian das Recht der Erbserben einführt, noch binnen einer bestimmten Zeit nach dem Tode ihres Erblassers über die Annahme einer denselben angefallenen Erbschaft zu erklären: „Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere — eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam". Der Kaiser bezieht sich hierbei auf die Quästionen von Paulus, es kann mithin diese Aeußerung zur Erklärung der obigen Stelle (welche aus dem Commentar über Sabinus genommen ist) unmittelbar nicht benutzt werden. Immer aber ergiebt sich daraus soviel, daß es ein besonderes Transmissionsrecht des suus heres gab, was der Kaiser erweitern wollte. Worin jenes Recht bestand? ist zwar streitig[39]) und auch wohl mit unzweifelhafter Sicherheit nicht zu ermitteln. Nehmen wir indessen den Ausdruck filiosfamilias deliberantes ganz buchstäblich: der suus heres deliberirt, ob er abstiniren wolle oder nicht[40]). So lange er sich nicht

38) Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle ist bereits im 41sten Bande d. Comment. §. 1467. S. 297. fgg. gegeben.

39) Die bemerkenswertheften Ansichten über diese Stelle sind bereits Bd. 41. d. Comment. a. a. O. S. 314. fgg. aufgeführt. S. auch v. Wangerow im Archiv für civilist. Pr. Bd. 24. S. 156. fgg.

40) Wangerow a. a. O. S. 166. u. 194. ist der Meinung, daß der Gesetzgeber unter dem deliberirenden Erben auch den verstanden wissen wolle, welchem der Anfall noch gar nicht bekannt geworden sey. Es wird hiervon mehr die

Digitized by Google

erklärt oder eingemischt hat, bleibt ihm freie Wahl, die Erbschaft zu behalten oder auszuschlagen. Giebt ihm nun das Gesetz ein Transmissionsrecht, so muß dies natürlich ebenfalls darin bestehen, daß sein Erbe sich willkührlich darüber entscheiden könne, ob er die seinem Erblasser deferirte Erbschaft haben wolle, oder nicht. So beseitigt sich denn ganz einfach der Anstoß, den Manche daran nehmen, daß der Kaiser ja von einer Transmission des Erbrechts, nicht des jus abstinendi spreche. Bei einem Gesetz, wie das hier zur Frage stehende, darf man nicht zu viel Gewicht auf jeden einzelnen Ausdruck legen, sondern man muß sich auf den Gedanken halten, der sich zwanglos aus dem Ganzen entwickeln läßt [41]). Justinians Ideengang ist hier aber aller Wahrscheinlichkeit nach folgender: im Wesentlichen sind die Rechte eines deliberirenden suus und extraneus gleich; Jener kann sich erklären, ob er die Erbschaft behalten oder sich davon lossagen wolle, dieser, ob er sie erwerben wolle oder nicht. Besteht nun gleich die Transmission des suus zunächst darin, daß sein Erbe noch abstiniren, die des extraneus aber, daß der Erbe die Erbschaft noch erwerben darf, so läßt sich doch auch das erstere Recht allenfalls so ausdrücken: der suus transmittire die hereditas, d. h. sein

Rede seyn unten §. 1496. Für die gegenwärtige Frage kommt darauf nichts an.

41) Vgl. Bd. 41. d. Comment. S. 354. fg. — Vangerow a. a. O. S. 165. fg. Note 18. will das *hanc* in dem angeführten Satze nicht auf hereditatem bezogen wissen, sondern dabei suppliren: deliberationem. Der Sinn ist allerdings richtig dadurch ausgedrückt, doch ist die Beziehung des hanc auf hereditatem aus grammatischen Gründen nothwendig.

Digitized by Google

[illegible]

[illegible]

[illegible]

diese Transmission offenbar etwas Exorbitantes, daher strict zu interpretiren. — Die Richtigkeit dieser Argumentation kann aber unmöglich zugegeben werden. Die Eigenschaft eines suus heres ist eine relative, keine absolute. Der Enkel, von dem hier Paulus spricht, ist suus heres seines Vaters; allein die Abstention bezieht sich ja auf den großväterlichen Nachlaß, in Beziehung auf diesen aber ist er eben sowohl extraneus, wie jeder Dritte. Wäre daher der Vordersatz wahr: nur ein suus heres kann das Recht der Abstention ausüben, so würde auch der Enkel dazu nicht fähig seyn; denn dadurch, daß er suus heres seines Vaters ist, tritt er ja nicht in ein Suitätsverhältniß zu dem Großvater[45]). Und was das Exorbitante anbetrifft, das in einer solchen Transmission liegen soll, so widerlegt sich diese Voraussetzung von selbst durch die offenbare Analogie zwischen dem jus abstinendi und der Restitution wider eine erworbene Erbschaft, welche doch jeder Erbe aus der Person seines Erblassers in Anspruch nehmen darf. Gerne kann man zugeben, daß die Transmission des jus abstinendi nicht unbestritten war, ja die Art, wie Justinian im Eingange seiner Constitution davon spricht, setzt dies fast außer Zweifel. Es ist nämlich, wie bereits bemerkt wurde, eine unverkennbare Aehnlichkeit vorhanden zwischen der Befugniß des Erben, eine seinem Erblasser erst deferirte Erbschaft

45) Vgl. Wangerow a. a. O. S. 164. fg. Note 17. Ebendas. (S. 164. im Text) findet sich auch der Grund von Faber widerlegt, daß der extraneus heres es sich selbst zuzurechnen habe, wenn er die Erbschaft des suus antrete. Dies Argument ist hier ganz unpassend, da die Frage ist: ob der Erbeserbe nicht aus der Person des suus noch abstiniren dürfe?

Digitized by Google

zu erwerben, und der, über eine ihm ipso jure erworbene Erbschaft erst noch zu deliberiren, ob er sie haben wolle oder nicht; dies ließ denn wohl Manchen die Transmission des Abstinenzrechts bedenklich erscheinen. Allein bei genauerer Betrachtung mußte es einleuchten, daß hierin nicht eigentlich eine Anomalie liege, wie in dem Recht, eine dem Verstorbenen erst deferirte Erbschaft in dessen Namen zu erwerben. Daß über die Sache gestritten wurde, stempelt ja die Entscheidung, welche im Grunde nur auf consequenter Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze beruht, noch keineswegs zu einem exorbitanten Recht. Genug, Paulus entscheidet sich für dies Recht, und führt (wie auch hier wieder bemerkt werden muß) in der Stelle, worauf die Gegner sich hauptsächlich berufen, den Grund an, welcher auf jeden Erben eben so gut paßt, wie auf den suus heres des Erben: weil dem Erblasser das Recht zu abstiniren zustand, so soll es auch sein Erbe haben[46]). — Viel Gewicht hat man darauf gelegt, daß Justinian von einem transmittere in *suam posteritatem* spricht (s. Note 44). Indessen bei einer so allgemein gehaltenen Relation, wie die von Justinian, ist es schwerlich zu billigen, wenn man jeden einzelnen Ausdruck schlechthin nur in dem Sinne verstehen will, der ihm bei durchaus strenger und genauer Anwendung grammatischer Regeln zukommt, ja sogar ihm eine exclusive Bedeutung beilegt. Selbst wenn jene beiläufige Relation den eigentlichen Gegenstand des Gesetzes bildete, würden wir im Zweifel den obigen Ausdruck (eben so wie den deutschen: Nachkommen) so

46) Die hier ausgeführte Ansicht hat schon die Accursische Glosse ad L. 19. C. *de jure delib.* Besonders aber s. Wangerow a. a. O. S. 161—167.

Digitized by Google

verstehen dürfen: es wird das Recht auf die Nachfolger vererbt; daß ein Gesetzgeber bei dergleichen Bestimmungen vorzugsweise die natürlichen Nachfolger, oder die Nachkommen, vor Augen hat, ist sehr begreiflich, ohne daß er darum gemeint ist, seine Disposition gerade auf diese zu beschränken[47]). — Auf den ersten Anblick scheinen auch die Worte: eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam, darauf hinzudeuten, daß früher dies Transmissionsrecht auf Kinder eingeschränkt gewesen sey. Wären diese Worte wörtlich so zu verstehen, so müßte man jedenfalls zugeben, daß dies durch unser Gesetz geändert sey. Indessen ergiebt ein Blick auf den Gesammtinhalt der Constitution bald, daß der Kaiser hiebei nur an die Transmittenten dachte; der allerdings sehr unbestimmte und zweideutige Ausdruck hat mithin den Sinn: es solle das Recht eines deliberirenden Erben, seine Befugnisse auf seine Erben zu transmittiren, nicht blos alsdann Statt finden, wenn jener suus heres sey, sondern auch in anderen Fällen.

Es ist jetzt noch in der Kürze zu erörtern: wie sich die so durchaus specielle Construction des Falls bei Paulus

47) Daß der Ausdruck nicht gerade ganz buchstäblich zu nehmen sey, gesteht selbst Marezoll (a. a. O. S. 95. a. E. fg.) zu, indem er Ulrich Huber tadelt, welcher daraus schließt, daß die Transmission des jus abstinendi auf alle Kinder des suus heres (nicht gerade nur auf die suos) gehe. (Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. a. E.) Soll einmal der Ausdruck buchstäblich verstanden werden, so hat Huber gewiß recht; denn das ist außer Zweifel, daß posteritas nicht blos einen Complex von sui heredes bedeutet.

Digitized by Google

(in der L. 7. §. 1. D. *h. t.*) erklärt? An die Entscheidung eines concreten Rechtsfalls ist dabei schwerlich zu denken[48]), da die Stelle aus einem rein wissenschaftlichen Werke entnommen ist, auch die Form von der beim Vortrag eines Rechtsfalls gewöhnlichen abweicht. Eben so wenig kann die Ansicht befriedigen, daß es zweifelhaft gewesen seyn möge, ob der Uebergang des jus abstinendi auf die Erben des suus alsdann Statt finde, wenn derselbe den Anfall der Erbschaft noch gar nicht erfahren habe. Der Grund des Zweifels sey vielleicht gewesen, daß ja der mit dem Anfall unbekannte Erbe noch gar nicht in der Lage war, von dem Recht zu abstiniren Gebrauch zu machen, ein Recht aber, welches man selber nicht habe, auch nicht vererbt werden könne; dieser Zweifel werde indessen von Paulus beseitigt[49]). Dadurch wird immer noch nicht erklärt, weshalb gerade das Kind des Erben hier als Transmissar genannt ist. Am einfachsten scheint folgende Erklärung zu seyn: Paulus trägt eine Modification der Regel vor: der Erbeserbe ist auch als Erbe des ersten Erblassers anzusehen und kann daher die von diesem herrührende Erbschaft nicht wieder aufgeben[50]). Die Modification ist: war aber der erste Erbe befugt, der ihm bereits erworbenen Erbschaft zu entsagen und stirbt in einer Lage, wo ihm dies noch möglich war, so geht dies Recht auch auf seine Erben über.

48) So Marezoll a. a. O. S. 91.

49) Dies ist die Ansicht von Vangerow a. a. O. S. 162. fg.

50) L. 7. §. 2. D. *h. t.* „In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem".

Digitized by Google

Es giebt aber wohl kein Beispiel, wodurch dies in schlagender Kürze, wie sie bekanntlich Paulus liebte, so anschaulich gemacht werden kann, wie das von ihm gewählte. Er denkt sich daher den Erben als suus heres, allein unbekannt damit, daß er Erbe geworden sey; denn so lange dies der Fall ist, kann sein Recht zu abstiniren in keiner Weise bezweifelt werden, selbst wenn er in Besitz von Sachen wäre, die zum väterlichen Nachlaß gehören. Er denkt ferner den Erbeserben ebenfalls als suus heres, indem dieser nothwendig die Erbschaft erworben haben muß; es war mithin nicht nöthig, dies erst besonders auszudrücken, oder zu bemerken, daß auch der Erbeserbe die Erbschaft bereits erworben habe, folglich nach der strengen Rechtsregel die einmal Theil derselben gewordene erste Verlassenschaft davon nicht trennen dürfe. Abgesehen von jener Modification (schließt er) bleibe es bei der Regel, daß nämlich die Trennung nicht Statt finde (s. Note 50).

§. 1489.

2) Wirkung der Abstention.

Der nächste Zweck des beneficium abstinendi ist, wie der einer förmlichen Restitution gegen eine angetretene Erbschaft: die nachtheiligen Folgen eines Erbschaftserwerbs von dem Erben abzuwenden; nur ist der Gebrauch des jus abstinendi ganz von dem Willen des Erben abhängig, mithin auch nicht, wie die Restitution, durch den Nachweis einer Läsion, oder wirklich vorhandener Nachtheile bedingt. Von selbst versteht sich aber, daß der abstinirende Erbe auch auf die Rechte eines Erben keinen Anspruch machen darf, und überhaupt bringt es die recht-

Digitized by Google

liche Consequenz mit sich, daß durch Abstention die Sache im Ganzen in die Lage kommt, wie wenn derselbe nie Erbe gewesen wäre; denn (wie Paulus sagt): **hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco**[51]). Indessen wurde dieser Grundsatz doch nicht weiter anerkannt und durchgeführt, als es noth that. Wo es sich mit dem Zweck dieser Rechtswohlthat und mit der Consequenz irgend vertrug, knüpfte man rechtliche Folgen daran, daß der suus heres doch Erbe geworden ist und der Prätor die Qualität eines Erben geradezu weder aufheben wollte noch konnte; „**non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se**“ heißt es daher bei Ulpian[52]). Gewiß kann es aber nicht gebilligt werden, wenn man folgende Sätze als Ergebniß aller besonderen Rechtsbestimmungen über die Wirkung der Abstention aufstellt: der suus heres höre nur auf Erbe zu seyn, soweit dabei von den **incommoda hereditatis** die Rede sey, in Ansehung der Rechte dagegen, welche dritte Personen durch testamentarische Zuwendung des Erblassers erhalten hätten, werde seine Erbeneigenschaft als noch fortdauernd betrachtet[53]). Den ersten Satz versteht natürlich Jeder nur unter der Einschränkung:

51) L. 12. pr. D. *de interrog. in jure faciend.* (XI. 1.) L. ult. D. *h. t.*

52) L. 30. §. 10. D. *de fideicommissar. libertatib.* (XL. 5.)

53) Gegen diese Ansicht erklärt sich sehr bestimmt Averanius l. l. (interpr. jur. I. 9.) Nr. 2. 3. Sie findet sich indessen noch bei *G. L.* Böhmer l. l. cap. 2. §. 13. u. 16., wenn derselbe gleich den ersten Satz richtiger, also nicht so allgemein ausspricht, wie dies von älteren Juristen geschah.

Digitized by Google

daß der Erbe, welcher die Erbschaft aufgegeben hat, auch die Vortheile eines Erben als solchen nicht weiter ansprechen darf; allein eben deshalb sollte eine so allgemeine Fassung vermieden werden. Eben so unrichtig ist aber auch der zweite. Es würde nämlich daraus folgen, daß die Vermächtnisse stets giltig bleiben [54]); dies aber ist, so allgemein ausgedrückt, mit civilistischen Grundsätzen, so wie mit sehr bestimmten Aeußerungen unserer Quellen, nicht zu vereinigen, sondern kann nur für einzelne Fälle, oder unter ganz besonderen Voraussetzungen, zugegeben werden. (S. darüber die weiter unten Nr. 7. folgende Ausführung). Am angemessensten erscheint es daher, die bemerkenswerthesten Folgen, welche unsere Quellen an die Sätze knüpfen: **Praetor eum, qui abstinuit, non habet heredis loco**, und: **non est sine herede, qui habet suum heredem**, speziell aufzuzählen.

1) Gegen die Klagen erbschaftlicher Gläubiger (und in der Regel auch gegen die der Vermächtnißnehmer) sind die abstinirenden Erben, so wie die Bürgen desselben durch Exceptionen geschützt [55]).

54) Dies nimmt auch Böhmer l. l. §. 16. an, indem er sich dafür auf die unten noch anzuführenden Stellen beruft, nach welchen einzelne testamentarische Verfügungen aufrecht erhalten werden. Vgl. unten Note 22. dieses §.

55) L. 12. pr. D. *de interr. in jure fac.* L. 20. §. 4. L. 57. pr. L. 89. D. *h. t.* L. 1. §. 4. D. *ut in possessione legator.* u. s. w. (XXXVI. 4.) L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) — „jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare —. Itaque *legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent*“ —. Ob man übrigens sagt: der Prätor gewährt eine Exception gegen die Klagen, oder: er verweigert den Gläu-

Digitized by Google

2) Auch die Verbindlichkeiten, welche Miterben als solchen gegen Miterben obliegen, fallen weg, weshalb denn auch der abstinirende Erbe nicht zur Collation verbunden ist [56]).

3) Die durch Confusion erloschenen Rechte des suus heres leben Kraft der Abstention wieder auf: „Papillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet“ [57]). — Es ist bei der Anwendung dieser Stelle auf einen abstinirenden suus natürlich vorauszusetzen, daß das Kind eignes Vermögen hatte, was zur Zeit der Pandekten-Juristen bekanntlich nur ausnahmsweise Statt finden konnte. Die Ausleger pflegen unsere Stelle daher auf den Fall zu beziehen, wenn das Kind ein peculium castrense oder quasi castrense hatte [58]). Freilich konnte ein unmündiges Kind nicht leicht ein solches Peculium haben, wenigstens wenn man an die gewöhnlich angenommenen Entstehungsgründe desselben denkt [59]). Doch kennen schon

bigern die Klagen, ist der Sache nach vollkommen einerlei. Averanius l. l. Nr. 70. verwirft indessen die erstere Wendung; offenbar ohne Grund. S. Cujacius in L. III. Quaest. Papin. ad L. 12. de vulg. (opp. ed. Neap. T. IV. p. 82.)

56) L. ult. D. *de dotis collat.* (XXXVII. 7.) Böhmer l. l. §. 14. Die Streitfrage: ob nicht nach neuerem Recht die Collation der Dos dennoch erfolgen müsse? (s. Smallenburg ad h. l. not. ad Dig. T. VI. p. 41.) kann erst unter Lib. 37. Tit. 7. erörtert werden.

57) L. 87. §. 1. D. *h. t.*

58) *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VII. c. 2. §. 37.

59) Meine Pand. Bd. III. §. 565. 566.

Digitized by Google

die classischen Juristen selbstständige, d. h. von der Einwirkung der väterlichen Gewalt unabhängige, Vermögensrechte eines Hauskindes außer dem castrense peculium und zwar solche, deren Erwerbung für ein Kind jeglichen Alters möglich ist[60]); ob man sie zum peculium quasi castrense rechnet, oder zu der Gattung des Kinderguts, welches die Neueren als pec. adventitium extraordinarium zu bezeichnen pflegen, kann hierbei ganz auf sich beruhen bleiben[61]). Jedenfalls hat die obige Regel an practischer Bedeutung vieles gewonnen durch das Aufkommen der s. g. adventitia, oder des Grundsatzes, daß einem Hauskind aus allen rechtlichen Erwerbsgründen eigenes Vermögen erworben werden kann[62]). — Uebrigens ist die große Frage, ob der Verfasser der L. 87. §. 1. D. *h. t.* einen suus heres vor Augen gehabt hat, und nicht vielmehr ein Kind, welches die Erbschaft als extraneus heres erworben hat, dagegen aber restituirt ist[63]). Zwar ist in dem unmittelbar voraufgehenden Satze von einem abstinirenden suus die Rede, aber auch von einem Kinde, das die mütterliche Erbschaft, folglich als extraneus, erwirbt. Sey dem wie ihm wolle, jedenfalls ist der Grundsatz auf den abstinirenden suus eben so gut anwendbar, als auf den extraneus, der gegen

60) L. 50. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.). Gewöhnlich findet man einen solchen Erwerbsgrund auch in L. 52. pr. D. *h. t.* Dagegen erklärt sich Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. VIII. S. 89. fgg.

61) Vgl. hierüber Marezoll a. a. O. S. 81. fgg.

62) Böhmer l. l. §. 14. p. 116.

63) So versteht die Stelle die Accursische Glosse *liberandos* ad h. l.

Digitized by Google

den Erbschaftserwerb restituirt wird; auch versteht sich von selbst, daß die Anwendung sich nicht auf Forderungsverhältnisse beschränkt, sondern auf alle und jede durch confusio erloschenen Rechte geht, z. B. auf Servitutenrechte [64]).

4) Daß der abstinirende Erbe nicht verpflichtet ist, die sein Vermögen betreffenden Handlungen des Verstorbenen (Veräußerungen und Belastungen) anzuerkennen, findet sich zwar nirgends ausdrücklich bestimmt, kann aber natürlich nicht bezweifelt werden [65]).

5) Da Abstention im Ganzen den Zustand herbeiführt, als ob der suus heres nie Erbe geworden wäre, so folgt von selbst, daß eine Vulgarsubstitution wirksam wird [66]). Zu dem, was hier die rechtliche Consequenz fordert, tritt noch die Rücksicht auf möglichsten Schutz und Erhaltung des Willens eines Erblassers hinzu, um jene Folge, wenn sich dafür auch kein directer Beweis in unseren Quellen fände [67]), als hinreichend gerechtfertigt

64) Cujacius in Lib. 10. resp. Papiniani, ad h. l. (ed. Neap. T. IV. p. 1265. sq.)

65) Böhmer l. l. p. 116.

66) S. Vinnius sel. jur. quaest. Lib. II. c. 23. Bd. 40. d. Comment. S. 336. Nr. b. u. S. 360 fgg. Nr. 4. Dagegen haben sich aber auch manche gewichtige Stimmen erklärt. S. die in der zuletzt angef. Stelle des Comment. angeführten Schriftsteller, denen noch beizufügen ist *Barth.* Chesius interpr. Lib. 2. c. 20. (Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 450.)

67) Doch spricht dafür sehr bestimmt die L. 44. D. *de re jud.* (XLII. 8. S. oben S. 334.). Nachdem die Vormünder eines Unmündigen Namens desselben abstinirt haben (heißt es hier), kommt die Erbschaft an die

Digitized by Google

anzusehen. Ohne Grund haben übrigens manche ältere Juristen angenommen, daß der suus heres dadurch, daß ihm ein Substitut ernannt werde, aufhöre suus heres

Miterben oder Substituten. Es ist außer Zweifel, daß hier von der väterlichen Erbschaft die Rede ist, denn durch Abstention des Pupillen wird ja sein eigner Nachlaß nicht deferirt! Und wie will man auch die Zusammenstellung der coheredes und des Substituten anders erklären? Dennoch will Schulting (not. ad Dig. h. l. T. VI. p. 472.) dies auf Pupillarsubstitution beziehen, weil nach L. 7. §. 10. D. *de minorib.* (IV. 4.) die Vulgarsubstitution allemal erlösche, wenn einmal ein Erbe aus dem Testament existirt habe, gesetzt auch, derselbe höre, durch Abstention oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wieder auf Erbe zu seyn. Wäre dies der Sinn dieser Stelle, so würde sie mit L. 44. cit. im offenbaren Widerspruch stehen, da, wie gesagt, es ganz unmöglich ist, hier an Pupillarsubstitution zu denken. M. s. indessen die von L. 7. §. 10. *de minorib.* bereits an einem andern Orte (Bd. 40. d. Comment. §. 1449. S. 361. fgg. Nr. b.) gegebene Erklärung. Vgl. auch unten §. 1494. — Das Erlöschen der Vulgarsubstitution in Folge der bloßen Existenz eines suus heres behauptet auch Fabricius, Ursprung u. Entwickelung der B. P. S. 67. fg. Note 86., da die Bedingung der Substitution: si filius meus heres non erit, ipso jure defect werde, sobald der Sohn den Vater nur überlebe. Daß nach der strengen Regel des Civilrechts dem also sey, wird wohl Niemand läugnen; aber was beweist dies gegen die Wirkung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand? Ist diese einmal zugelassen, so äußert sich ihre Wirkung auch vollständig, soweit dies möglich ist und besondere Beschränkungen nicht nachgewiesen werden. Ueberdies wird alle Argumentation aus allgemeinen Gründen durch die L. 44. D. *de re jud.* auf das entschiedenste beseitigt.

Digitized by Google

zu seyn —, gleich als ob der Erblasser ihn unter der Bedingung: si volet eingesetzt habe[68]).

6) Die so eben erwähnte Rücksicht auf möglichste Erhaltung eines letzten Willens hat denn auch dem Satz Geltung verschafft: non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se; d. h. es werden auch einzelne testamentarische Verfügungen aufrecht erhalten, welche zu ihrer Wirksamkeit das Daseyn eines Erben voraussetzen. Nämlich a) Pupillarsubstitutionen[69]); auf diese Weise kann der abstinirende suus selber, wenn er seinem unmündigen Bruder pupillariter substituirt ist, aus dieser Substitution dessen Erbe werden[70]). — Ueber die Frage: ob der Pupillarsubstitut die väterliche Verlassenschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen dürfe (oder auch umgekehrt) fanden sich mancherlei Streitigkeiten unter den römischen Juristen[71]), wovon schon an einem anderen Orte dieses Commentars ausführlich die Rede gewesen ist[72]). Hier möge darüber nur noch Folgendes bemerkt werden: der Grund, weshalb einige Juristen dies dem extraneus substitutus wenigstens nicht

68) S. Vinnius l. l. u. Averanius interpr. Lib. V. c. 30. Nr. 1.

69) L. 2. §. 1. in f. L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.* S. auch die folgenden Noten.

70) L. 41. D. *h. t.* „Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere". — L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.*

71) M. s. besonders L. 42. D. *h. t.* und L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.)

72) Bd. 40. §. 1453. S. 418—446.

Digitized by Google

gestatten wollten, war, daß der Substitut durch das väterliche Testament zu dem Ganzen berufen sey; (est unum testamentum, licet duarum hereditatum). Julianus gieng sogar soweit, zu behaupten, daß ein solcher Substitut selbst alsdann das Ganze annehmen oder ausschlagen müsse, wenn der als heres ex asse eingesetzte Pupill von der väterlichen Erbschaft abstinirt habe. Diese Ansicht ist indessen verworfen und ausdrücklich blos anerkannt, daß der Pupillarsubstitut nur dann nicht die väterliche Verlassenschaft von der des Pupillen trennen dürfe, wenn dieser sich wirksam eingemischt hatte[73]), womit es sich denn sehr wohl verträgt, daß er in dem Falle noch im Namen des Pupillen abstiniren dürfe, wenn für diesen noch vollkommen res integra war, derselbe also weder abstinirt, noch sich eingemischt hatte[74]). Unbedingt wird aber dem Substituten das Recht, die Erbschaft des Pupillen allein anzunehmen, abgesprochen, wenn er entweder allein (und zwar ohne ihm einen Substituten zu geben) oder mit dem Pupillen eingesetzt ist und im letzteren Fall dieser seinen Theil anerkannt hat[75]). Aber auch wenn ein suus und necessarius substituirt, und der Pupill — allein oder mit diesem Substituten — im

73) S. Bd. 40. d. Comment. a. a. O. S. 426. und das. Note 21.

74) Denn auf den Grund: „idem in substituto — herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam ejus bona veneant“ (L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* u. Bd. 40. d. Comment. S. 425. fg.) wird eigentlich nur die Ansicht gestützt, daß der Substitut die väterliche Verlassenschaft nicht ausschlagen dürfe, wenn der Pupill sich eingemischt hatte.

75) Bd. 40. d. Comment. S. 429 — 433. Nr. III. IV.

Digitized by Google

väterlichen Testament eingesetzt ist und sein Erbrecht agnoscirt hat, findet eine Trennung der pupillarischen Erbschaft von der des Vaters nicht Statt[76]). — b) Auch Universalfideicommisse bleiben giltig und wirksam, da es sich mit dem Zweck der Abstention sehr wohl verträgt, daß der Zwangserbe die Erbschaft, welche er selber nicht haben will, einem Anderen restituire, der ganz in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben eintritt[77]). Ferner c) werden Freiheitsertheilungen aufrecht erhalten, und zwar nicht blos die directen[78]), also die gleich mit dem Tode und unmittelbar wirksamen, sondern auch die fideicommissarischen[79]). Dies ist nun freilich eine reine Abweichung von civilistischen Regeln, indem die Wirksamkeit der Singularvermächtnisse regelmäßig davon abhängt, daß der im Testament ernannte Erbe die Erbschaft annehme, oder doch ein Anderer, nach testamentarischer oder gesetzlicher Bestimmung an dessen Stelle trete. Indessen ist für die Realisirung solcher Freiheitsvermächtnisse entschieden, da durch Senatusconsulte verordnet wurde, daß an die Stelle der nicht ausführbaren Manumission (in diesen sowie in anderen Fällen) eine obrigkeitliche Freiheitserklärung treten solle[80]). Endlich d) gehört hieher

76) Ebendas. S. 443. fg. Nr. V.

77) L. 27. §. 3. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.)

78) L. 32. D. *de manumiss. test.* (XL. 4.)

79) L. 30. §. 10. D. *de fideicommissar. libert.* (XL. 5.)

80) L. 26. §. 7. L. 28. §. 4. L. 30. §. 6—11. *eod.* — Die Glosse setzt übrigens den in unserer Stelle (L. 30. §. 10. *eod.*) vorgetragenen Fall in Verbindung mit dem unmittelbar voraufgehenden, wenn dem Erblasser selbst die Freilassung aufgetragen war und er vor der Ausfüh-

Digitized by Google

auch die bekannte Strafbestimmung des Edicts, daß wenn ein testamentarischer Erbe, welcher zugleich Intestaterbe ist, das testamentarische Erbrecht ausschlägt, um ohne die Last der Vermächtnisse ab intestato zu erben, die Vermächtnißnehmer nichts destoweniger die ihnen gemachten Zuwendungen von demselben fordern dürfen: „Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt quicquam facit; quodsi postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes, nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint bonorum possessionem; *hi enim incident in edictum*“ [81]).

Ob nun nicht auch sonst noch ungeachtet der Abstention die Vermächtnisse wirksam bleiben? hängt mit einer anderen Frage zusammen, welche jetzt zu erörtern ist. Nämlich:

7) an Wen kommt der Nachlaß, von dem sich der suus heres losgesagt hat? — Ist a) eine Substitution

rung starb, ohne Erben zu hinterlassen. (Gl. Acc. ad L. 30. §. 9. *eod.*) Ein Gleiches solle nämlich auch alsdann gelten, wenn er einen suus heres hinterlasse, der aber abstinire. Der Glosse folgt Francke in den Beitr. zur Erläuter. einzelner Rechtsmaterien. Abh. VI. S. 147. fg. Es ist nicht zu läugnen, daß diese Erklärung sich mit dem wörtlichen Zusammenhange der Stelle wohl verträgt, auch wäre dadurch die offenbare Anomalie sehr einfach beseitigt. Daß indessen nach dem Prinzip des SC. Rubrianum auch die dem abstinirenden suus aufgetragene Freilassung durch die Obrigkeit verwirklicht werden mußte, scheint jedenfalls nicht bezweifelt werden zu dürfen.

81) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testamento ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.* (XXIX. 4.)

Digitized by Google

angeordnet, oder hat der Abstinirende Miterben, so fällt die Erbschaft oder der Erbtheil des Abstinirenden an den Substituten (s. Nr. 5.) oder die Miterben[82]). In diesen Fällen behalten denn auch die Vermächtnisse ihre volle Wirksamkeit. Indessen kann der Miterbe, auch wenn er seinen Theil bereits erworben hat, nicht schlechthin genöthigt werden, den anwachsenden Theil des abstinirenden suus heres anzunehmen, sondern er hat die Wahl, entweder das Ganze zu behalten oder auf das Ganze zu verzichten: „Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat, aut a toto recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat“[83]). Erklären sich übrigens die Gläubiger damit zufrieden, daß der Miterbe seinen Theil allein behalte (und also nur die darauf fallende Schuldenlast trage), so hat es dabei sein Bewenden; also der Miterbe muß nunmehr seinen Theil behalten, die Gläubiger aber können eine Immission in den vacanten Erbtheil nachsuchen[84]). — Auch hier also wird durch die Abstention

82) L. 44. D. *de re judic.* (XLII. 1.) L. 98. D. *h. t.* — Da der abstinirende Erbe buchstäblich Erbe bleibt, so werden die Actionen, die von ihm auf den Miterben übergehen, als utiles actiones bezeichnet; L. 99. *h. t.*

83) L. 55. D. *h. t.* S. Mayer das Recht der Anwachsung S. 49. fg. u. S. 266. Vgl. unten Note 87. — Ein gleiches Recht steht dem Universalfideicommissar zu, dem der suus heres eine Erbschaftsquote restituirt hat, wenn Jener hinterher abstinirt. L. 79. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.)

84) L. 55. D. *h. t.* — „Si tamen creditores dicant, se contentos esse ejus portione, quia non potest

Digitized by Google

eine Wirkung des Erbschaftserwerbs aus Billigkeitsgründen wieder zerstört (vgl. Note 67.); denn nach der Regel des Civilrechts tritt das Anwachsungsrecht mit rechtlicher Nothwendigkeit ein[85]). Ist der Erbe, welcher seinen An-

exonerari, nisi deferatur conditio et alterius parte abstineri se creditores debent, ut ejus actiones ei, qui convenitur, dentur". Diesen Satz versteht man häufig so, wie oben im Texte angegeben worden; (s. *Jos. Fern. de* Retes opusculor. Lib. III. ad L. 79. ad senatusc. Trebell. in Meermans thesaur. T. VI. p. 185. Westphal Vorlegung u. Eröffnung der Testamente §. 267.) Allerdings ist der dadurch ausgedrückte Gedanke an sich sehr nahe liegend und natürlich und wird auch zur Genüge gerechtfertigt durch den Inhalt der L. 61. D. *h. t.*, nach welcher der Miterbe auf ähnliche Weise gegen die Nachtheile des jus accrescendi geschützt wird, wenn sein Miterbe sich gegen den Antritt der Erbschaft restituiren läßt. Unsere Stelle scheint dagegen zu sagen: wenn die Gläubiger sich mit dem Antheil des Erben, dem accrescirt, zufrieden erklären (also es nicht in den freien Willen desselben stellen, sich durch Ausschlagung der Erbschaft ganz zu befreien), so dürfen sie an den accrescirenden Theil keinen weiteren Anspruch machen, sondern müssen diesen (und die damit verknüpften erbschaftlichen Forderungen) dem von ihnen belangten Miterben überlassen. Auf eine völlig befriedigende Interpretation dieses Satzes (wobei vielleicht etwas ausgefallen ist) muß man wohl verzichten. Mit der hier gegebenen Erklärung stimmen im wesentlichen überein: die Accursische Glosse (welche indessen durch ihr vel dic ein Schwanken an den Tag legt), *A.* Faber Error. Pragm. Dec. 50. Err. 9. und Hunger in der deutschen Uebersetzung Bd. 3. S. 161.

85) L. 53. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

theil bereits erworben hatte, zur Zeit der Abstention bereits mit Tode abgegangen, so hat sein Erbe dasselbe Recht[86]). Der Grund nun dieses besonderen Rechts ist augenfällig. Da der suus heres nämlich ipso jure seinen Antheil erwirbt, so befindet sich sein Miterbe in derselben Lage, wie wenn ein extraneus coheres seinen Theil angetreten hat, und es kann ihm nach Billigkeit nicht zugemuthet werden, daß er die Möglichkeit eines Wiederaufgebens des bereits erworbenen Theils im Voraus berücksichtige; daher wird denn, wenn dieser Fall eintritt, es dem practischen Effect nach so angesehen, als ob nunmehr erst das Erbrecht deferirt werde[87]). Ganz anders verhält es sich, wenn er die Erbschaft antritt, ehe noch dem Miterben sein Theil erworben war, vollends aber versteht sich von selbst, daß er die obige Rechtswohlthat nicht in Anspruch nehmen darf, wenn er erst, nachdem sein Miterbe bereits abstinirt hatte, sich einmischt (als suus heres) oder antritt: „Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat: qui enim scit, aut scire potuit, illo abstinente se oneribus fore implicitum, *ea conditione adire videtur*“[88]). — Wenn aber b) weder

86) L. 56. D. *h. t.*

87) Averanius interpr. Lib. I. c. 9. Nr. 49. Hunger a. a. O. Note 140. S. 160. fg. Mayer a. a. O. S. 44. Deshalb ist denn auch ein ähnliches Recht dem Miterben eines gegen die Erbschaftsantretung restituirten extraneus heres gegeben; L. 61. D. *h. t.* (XXIX. 4.)

88) L. 38. D. *h. t.*

Digitized by Google

Substituten noch Miterben ernannt sind, so tritt in der Regel die Intestaterbfolge ein, selbst für den abstinirenden Testamentserben, wenngleich häufig eum onere legatorum [90]). — Fassen wir das hierbei zu Grunde liegende Prinzip ganz allgemein auf und abstrahiren noch von besonderen Eigenthümlichkeiten des römischen Successionssystems, so würde, wenn der Intestaterbe abstinirt und keine Miterben vorhanden sind, dem nächsten Grad der Intestaterbfolge die Succession deferirt seyn. Auch giebt es dafür mehrere besondere Entscheidungen in unseren Quellen [91]). Indessen nicht nur dies ist sehr streitig, sondern selbst das wird von Manchen bezweifelt, ob bei der Abstention des testamentarischen Erben die Intestaterbfolge eintrete, indem ein Testament nicht als eigentliches testamentum destitutum zu betrachten sey, wenn die bereits erworbene Erbschaft wieder aufgegeben werde [92]). — Nicht wenig Juristen also stellen eine der

90) arg. L. 2. §. 1. in f. D. *devulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 6. §. 2. 3. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa test.* (S. oben Nr. 6. d. zur Note 81.)

91) L. 1. §. 10. L. 2. §. 8. u. 10. D. *ad Sct. Tertullianum et Orphitianum.* (XXXVIII. 17.) L. 6. C. *de suis et legitimis.* (VI. 58.)

92) Von der großen Menge der Schriften, worin sich die hieher gehörigen Fragen, hauptsächlich oder gelegentlich, berücksichtigt finden, mögen hier nur folgende genannt seyn: die Accursische Glosse zu L. 44. D. *de re judicata* und den unten anzuführenden Stellen, besonders aber zu L. fin. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9) und dazu den casus von Vivianus. *Andr.* Alciati Paradoxor. Lib. IV. cap. 15. Cujacius in

Digitized by Google

obigen geradezu entgegengesetzte Regel auf, — entweder ganz allgemein oder doch für den Fall, wenn der Intestaterbe abstinirt hat. Sie argumentiren auf die Art: wenngleich der abstinirende Erbe vom Prätor nicht als Erbe behandelt wird, so folgt daraus doch keineswegs, daß nunmehr der auf ihn Folgende zur Erbschaft berufen werde. Streng genommen, oder nach der Regel des Civilrechts, hört der Abstinirende nicht auf Erbe zu seyn; wenn er selber auch das Vermögen nicht behält, so ist und bleibt doch der folgende Grad ausgeschlossen, mithin kommt der Nachlaß, wenn er insolvent ist, an die Gläubiger, sonst als bonum vacans an das Aerarium oder den Fiscus. Die Entscheidungen, worin das Gegentheil anerkannt wird, behandelt man denn als Singularitäten, die aus den dabei eintretenden besonderen Voraussetzungen zu erklären seyen[93]). Hauptsächlich beruft man sich für diese Meinung auf die L. fin. D. *de*

Lib. VI. responsor. Papiniani ad L. fin. D. de succ. ed. (ed. Neapol. T. IV. 1092. sqq.) u. observat. Lib. XII. c. 20. *A.* Faber conjectur. Lib. III. c. 4. und Error. Pragmat. Dec. 29. Err. 7. u. 8. *Thom.* Papillonius de direct. hered. substit. c. IX. in f. (Otto thes. T. IV. p. 714. u. 716.) *Barth.* Chesius interpret. jur. Lib. II. c. 21. (jurisprud. Rom. a Att. T. II. p. 450. sqq.) Vinnius sel. jur. quaest. Lib. I. c. 14. Lib. II. c. 23. Schilter Prax. jur. Rom. Exerc. XLI. §. 88. Vgl. Fabricius Ursprung und Entwickelung der Bonorum possessio S. 67. fg. Note 86.

93) So namentlich Alciati l. l. u. Cujacius in Lib. VI. resp. Papin. l. l., dem auch hier, wie gewöhnlich, Pothier folgt, Paud. Justin. ad L. fin. D. *de succ. ed.* (Nr. XX. des Titels *de succ. ed.*)

Digitized by Google

successorio edicto (von Papinian), welche so lautet: „Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, quum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit". — Diejenigen, welche der Meinung sind, daß selbst der Vulgarsubstitut ausgeschlossen werde, wenn der Erbe abstinirt oder sich restituiren läßt, wenden die dafür angeführten Argumente denn auch hier wieder an[94]). Da diese schon an einem anderen Orte beseitigt sind, so braucht davon gegenwärtig nicht weiter die Rede zu seyn. Aber auch die bekannte Regel: in legitimis hereditatibus non est successio, hat man hier bisweilen eingemengt[95]). Ob diese Regel ganz allgemein galt, oder ob sie sich auf die successio graduum beschränkte, ist bekanntlich nicht außer Streit[96]). Allein selbst ihre allgemeine Bedeutung zugegeben, so ist doch schwer zu begreifen, wie man sie mit L. ult. D. *de succ. ed.* combiniren will. Denn jedenfalls ist ja außer Zweifel, daß das prätorische Recht eine successio ordinum und in dem ordo cognatorum auch eine successio graduum anerkannt hat. Unmöglich kann daher der obige Grundsatz zur Erklärung einer Stelle benutzt werden, welche von der prätorischen Succession handelt und noch dazu, ihrem wörtlichen Inhalte nach, von der

94) Z. B. Chesius l. l.

95) *A.* Faber dec. 29. Err. 7. zu Anfang u. conjecturar. l. l. a. E.

96) Vgl. Schilling Bemerkungen über Testsgesch. S. 80. fg. Note 197., der übrigens die allgemeine Bedeutung der Regel in Schutz nimmt.

Digitized by Google

Succession Derer, die zur legitima successio überall nicht berufen waren!

Bevor übrigens der Versuch gemacht wird, die L. fin. *de succ. ed.* zu erklären und ihre practische Bedeutung zu bestimmen, wollen wir die Stellen etwas näher betrachten, nach welcher die Lossagung von einer bereits erworbenen Erbschaft ein Successionsrecht für diejenigen begründet, welche durch den Entsagenden ausgeschlossen wurden. Die eine [97]) bestimmt: wenn der von seinem Vater zum Erben eingesetzte Sohn eines Freigelassenen abstinirt, so werde der Patron des Erblassers zugelassen — „*quamvis nomine sit heres* (filius liberti), patronus admittitur. Sed *etsi* (heißt es weiter) *per in integrum restitutionem is, qui mixtus est paternae hereditati, vel qui adiit hereditatem, abstinuerit se, poterit quis patronum admittere.*“ Aus der Art, wie sich Ulpian hier äußert, läßt sich allerdings ersehen, daß man zweifelte, ob ein Gleiches auch alsdann anzunehmen sey, wenn die Lossagung erst durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgte [98]), der Jurist erklärt sich aber offenbar für die bejahende Meinung. Auch die beiden anderen Pandektenstellen, die auf ein gleiches Resultat führen (ebenfalls von Ulpian), deuten unverkennbar darauf hin, daß man über die Frage zweifelhaft war. In der einen ist von dem Orphitianischen Senatusconsult die Rede, wodurch Kinder zur le-

97) L. 6. §. 2. 3. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.)

98) Mehr als dies darf man aber hieraus gewiß nicht folgern; wäre der Grund der Entscheidung favor patroni gewesen (wie Cujacius ad Papin. l. l. annimmt), so würde Ulpian sich ganz anders ausgedrückt haben.

Digitized by Google

gitima hereditas ihrer Mutter berufen wurden. Durch dieses Sct. war unter Anderen bestimmt: „Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, jus antiquum esto, d. h. so treten diejenigen ein, welche vor dem Senatusconsult zu der Erbschaft berufen waren [99]). Hieran knüpft nun Ulpian [100]) die Anwendung: „Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an jus antiquum possit locum habere? *Verba admittunt, ut possit* — —, nam et hic (d. h. der gegen die Erbschaftsantretung Restituirte) non vult, etsi aliquando voluit" —; d. h. er hat zwar einmal die Erbschaft haben wollen, aber da er hinterher sein Nichtwollen an den Tag gelegt hat, so passen auch die Worte des Gesetzes auf diesen Fall. — Alciati (a. a. O.), welcher die entgegengesetzte Regel vertheidigt, gründet hierauf die Limitation dieser Regel: nisi legis verba extensiva sunt. Indessen ergiebt sich hieraus wohl nichts weiteres, als daß die römischen Juristen ihre Entscheidungen zweifelhafter Rechtsfragen, wo dies möglich war, auch durch äußere Gründe zu unterstützen suchten. Fehlte es aber an solchen, so trug man kein Bedenken, sich dafür geradezu auf Billigkeit und Angemessenheit zu berufen. So in einem Fall, welcher die Anwendung des senatusconsultum Tertullianum zum Gegenstande hatte, wodurch die Mutter, als solche, wenngleich unter gewissen Be-

99) L. 1. §. 9. D. *ad Sct. Tertull.* Ranchinus Tr. de succ. ab int. §. 5. nr. 7. (bei Meerm. Tom. III. p. 201.)

100) L. 1. §. 10. *eod.*

Digitized by Google

schränkungen, zur Erbfolge gerufen war. „Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur? utputa abstinuit se hereditate (suus heres). Africanus et Publicius tentant dicere (stehen nicht an zu behaupten), in casum, quo se abstinent sui, matrem venire — —, *ne nudum nomen sui heredis noceat matri;* quae sententia *aequior* est“ [1]). Und weiter darauf heißt es: „Si *bonorum possessione accepta* filius emancipatus abstinuerit se per in integrum restitutionem, verum est, senatusconsultum posse locum habere“ [2]). Also, wenn der Sohn des Erblassers sich gegen die agnoscirte bonorum possessio restituiren läßt, so kann hinterher noch die Mutter aus dem senatusconsultum Tertullianum die Erbschaft erhalten. Sehr gewöhnlich behandelt man nun diese Bestimmungen als Anomalien, als Abweichungen von sonst geltenden Rechtsregeln, die ihren Grund haben in den Besonderheiten des Successionsrechts aus dem Tertullianischen Senatusconsult [3]). Nun hat allerdings das Successionsrecht manches

1) L. 2. §. 8. *eod.*

2) L. 2. §. 10. *eod.*

3) S. Cujacius ad Papin. resp. h. l. Alciati gründet hierauf, so wie auf L. 6. §. 3. D. *de bonis libertor.* seine zweite Limitation der von ihm angenommenen Regel, nämlich: quum, qui regulariter succedit, ab aliquo specialiter excluditur. Eigentlich hätte er sagen müssen: auf ein spezielles oder außerordentliches Successionsrecht leidet der strenge Rechtsgrundsatz keine Anwendung; denn regelmäßig schließt ja nicht der Patron oder die Mutter das Kind aus, sondern umgekehrt. — Auch der Scholiast zu den Basiliken (T. V. ed. *Fabr.*,

Digitized by Google

Eigenthümliche, insonderheit auch in Beziehung auf die Frage: wann ist den durch das Sct. Berufenen die Erbschaft für deferirt zu achten? Man darf wohl sagen: der Mutter ist die Erbschaft nicht eher für deferirt zu halten, als bis es feststeht, daß Niemand vorhanden ist, der sie ausschließt, und eben so den durch die Mutter Ausgeschlossenen nicht eher, als bis jene weggefallen ist [4]). Und wird dieser Grundsatz seiner vollen Bedeutung nach verstanden, so umfaßt er allerdings auch die Fälle mit, wo de jure die Erbschaft bereits erworben war, allein außerordentlicherweise eine Lossagung von derselben erfolgte. Aber dann hätten diese Fälle auch überall kein Gegenstand eines Zweifels seyn können. Daß sie es dennoch waren, beweist, daß das Eigenthümliche, oder das Unterscheidende der Succession nach dem Sct. sich eigentlich nur auf die Regel des Civilrechts bezog, wonach ein früher berufener

p. 85. Schol. a.) behandelt die Entscheidung Ulpians als jus speciale, als eine auf besonderen Gründen beruhende Abweichung von der in L. fin. D. de successor. ed. anerkannten Rechtsregel. — So gerne ich nun auch das Gewicht der in den Scholien enthaltenen Interpretationen im Allgemeinen anerkenne, so ist doch nicht zu läugnen, daß dieselben sich häufig genug fehlsam erweisen bei Rechtsmaterien, welche zu Justinians Zeit oder durch dessen Neuerungen ihre practische Bedeutung verloren hatten; und dahin gehört denn auch das Successionsrecht aus dem senatusconsultum Tertullianum. Die Unsicherheit des Scholiasten legt sich auch deutlich dadurch zu Tage, daß er die unten zu erwähnende Entscheidung Diocletians (in L. 6. C. *de suis et legit.*) gleichfalls als spezielles Recht betrachtet wissen will!

4) S. z. B. L. 2. §. 16. 18. 19. 20. 21. 22. D. *ad Sct. Tert.* — Vgl. meine Pand. §. 632. Note 8. u. Glück Intestaterbfolge §. 72.

Digitized by Google

Grad schon durch seine bloße Existenz den folgenden ausschloß. Daher stützt Ulpian seine Entscheidungen nicht auf die Eigenthümlichkeiten der Delations-Art und Ordnung, sondern auf Gründe, die davon ganz unabhängig sind und die ihrer Allgemeinheit wegen auch einen Schluß auf Erwerbungen aus anderen Delationsgründen zulassen.

Durch ein Rescript der KK. Diocletian und Maximian endlich ist das wenigstens ganz allgemein festgestellt, daß durch Lossagung eines suus heres von der Erbschaft das Successionsrecht der folgenden Classe deferirt wird: „Defunctis, suis exstantibus heredibus, et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater jure consanguinitatis succedere potest“ [5]). Darin liegt nicht etwa nur eine Anwendung der vom Prätor anerkannten successio ordinum, indem diese an sich nur auf die Fälle geht, wo der Erwerb noch nicht erfolgt war, sondern die Kaiser bestätigen die Ansicht Ulpians und anderer Juristen, daß auch durch Lossagung von einem bereits erworbenen Erbrecht den Nachberufenen die Erbfolge eröffnet werde. Ob diese ihr volles Civilerbrecht wieder erhielten, oder ob sie nur durch Nachsuchung einer Bonorum possessio zur Erbfolge gelangen konnten (wie dies freilich wahrscheinlich ist), kann hier auf sich beruhen bleiben, da es der wesentlichen Wirkung nach auf eins hinausgeht. Genug, es ist in der Stelle die Rede von einem Erben, der nicht etwa eine erst ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, sondern sich von der ihm (ipso jure) erworbenen wieder lossagt. Enthielte übrigens Diocletians Rescript auch keine so allgemeine Anerkennung der anderweiten Delation einer aufgegebenen Erbschaft,

5) L. 6. C. *de suis et legitim.* (VI. 58.)

Digitized by Google

wie vorhin angenommen wurde, so würde dadurch jedenfalls unser Satz bewiesen seyn, daß durch Abstention eines suus heres die Erbschaft dem folgenden Grad deferirt sey. Da indessen das Rescript den Fall nicht ausdrücklich bestimmt, wann es erst noch der Vermittlung durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu einer wirksamen Lossagung bedarf und da man überdies von jeher der L. ult. D. *de successorio ed.* eine besondere Bedeutung für die Entscheidung unserer Frage eingeräumt hat, so soll jetzt versucht werden, den wahren Sinn dieser Stelle zu bestimmen, woraus sich denn von selbst ihr Verhältniß zu den obigen Entscheidungen und die practische Bedeutung, welche ihr gegenwärtig noch zukommen kann, ergeben wird.

Von den verschiedenen Erklärungen, welche sich in der Accursischen Glosse finden[6]), geht die eine dahin: in unserer Stelle werde nur der strenge Rechtsgrundsatz ausgesprochen, in den übrigen dagegen anerkannt, daß nach der aequitas der folgende Grad dennoch zugelassen werde! Eine zweite construirt den Fall, welchen Papinian entscheide, so: A. schlägt zuerst die bonorum possessio aus und macht dadurch dem B. Platz, welcher die Agnition indessen versäumt. Darauf läßt sich A. als minor gegen die Repudiation und demnächst wieder gegen den Erwerb restituiren und nunmehr meldet sich B. zur bonorum possessio, wird aber zurückgewiesen, da er sich einmal versäumt, die Rechte eines minor aber nicht in Anspruch zu nehmen habe. Das Unhaltbare beider Interpretationen wird nicht erst gezeigt werden dürfen. Eine dritte Meinung der Glosse (die den Glossator Placen-

6) Gl. *Accepisset* ad L. ult. D. *de succ. edicto.*

Digitized by Google

tinus zum Urheber hat), nähert sich der unsrigen. Es wird von ihr weiter unten (Note 18) die Rede seyn.

Manche stellen hier Alles auf den Unterschied zwischen der eigentlichen Abstention (eines suus heres) und der durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermittelten Lossagung von einer bereits erworbenen Erbschaft. Durch erstere werde das Recht für die Nachberufenen eröffnet, wogegen, wenn z. B. ein suus heres bonorum possessio nachsuche, oder sonst durch Handlungen oder Worte seine Absicht, die Erbschaft haben zu wollen, an den Tag lege, dawider aber restituirt werde, der Nachlaß an den Fiscus kommen[7]). Diese Meinung wird aber durch drei oben angeführte und erklärte Pandektenstellen geradezu widerlegt[8]). — Am verbreitetsten ist die Ansicht, die Erklärung der L. ult. *de succ. ed.* beruhe auf der Eigenthümlichkeit des prätorischen Successionssystems, wonach, wenn die B. P. in irgend einer Ordnung erbeten sey, alle weitere Delation derselben von selbst aufhöre, so daß, wenn auch dagegen restituirt werde, der Nachberufene keinen Anspruch mehr auf die B. P. machen könne[9]). Dafür beruft man sich, außer auf unsere Stelle, auch noch darauf: der Hauptzweck des suc-

7) Cujacius obs. Lib. XII. c. 20. (Anders erklärt er die L. ult. cit. in dem Commentar zu Papinians Responsen). Vinnius sel. jur. quaest. Lib. I. c. 14. in f. Lib. II. c. 23. in f.

8) L. 6. §. 3. D. *de bonis libertor.* (Note 97). L. 1. §. 10. D. *ad Sct. Tert.* (Note 100.) L. 2. §. 10. *eod.* (Note 2.)

9) Cujacius ad Papin. resp. l. l. *A.* Faber Dec. 29. Err. 8. p. m. 203. u. conject. Lib. III. c. 3. in f. Fabricius a. a. O. (S. Note 92. a. E.)

Digitized by Google

cessorium edictum sey gewesen, Erbloſigkeit nach Möglichkeit zu verhüten und keine lange Ungewißheit darüber eintreten zu laſſen, an Wen die Gläubiger ſich zu halten hätten. Allein, wenn einmal der Prätor gegen die erworbene bonorum possessio reſtituirte, ſo konnten beide Zwecke viel eher dadurch erreicht werden, daß man den folgenden Grad zuließ, als durch Ausſchließung aller weiteren B. P. Es ſtehen aber auch ſonſt dieſer Anſicht ſehr erhebliche Gründe entgegen. Zuvörderſt darf man ſich auf die L. 2. §. 10. D. *ad Sct. Tert.* berufen, worin ausdrücklich beſtimmt iſt: wenn der Sohn des Erblaſſers ſich gegen die agnoscirte B. P. reſtituiren laſſe, ſo werde die Mutter noch zugelaſſen. Daß dieſe Beſtimmung nicht als ſinguläres Recht behandelt werden darf, wurde oben gezeigt. Vielleicht wird man aber ſagen: es ſey zwar entſchieden, daß die Mutter aus dem Senatusconſult ſuccedire, nicht aber, daß ſie eine Bonorum possessio erhalten könne. Wenn indeſſen Jemandes civilrechtliche Succeſſionsbefugniß anerkannt wurde, ſo konnte eine von ihm noch nicht verſäumte B. P. ihm ſchwerlich abgeſchlagen werden; iſt ja doch die B. P. in ihrer früheſten Geſtalt nichts anderes, als ein proviſoriſcher Rechtsſchutz für den Civilerben [10]). — Ein zweites Argument wider die Anſicht, daß die fernere Delation des Rechts von ſelbſt aufhöre, ſobald einmal eine B. P. nachgeſucht ſey, — wird ſich aus folgender Darſtellung ergeben. Nach jener Anſicht würde durch die Reſtitution eines suus heres, der durch Einmiſchung oder ausdrückliche Erklärung ſein Erb-

10) Sie war eine b. p. non emendandi sed confirmandi juris civilis gratia. §. 1. J. *de bon. poss.* *Cic.* orat. Verr. I. c. 44. 45. Vgl. Fabricius a. a. O. S. 17. fgg.

Digitized by Google

recht anerkannt hat, dem folgenden Grad das Recht eröffnet seyn, nicht aber, wenn er sich eine bonorum possessio geben und dagegen wieder restituiren ließ. Nun aber liegt darin, daß ein Civilerbe die B. P. agnoscirt, eine pro herede gestio[11]), folglich hat dies für den suus die Wirkung einer Immixtionshandlung, oder einer sonstigen Erklärung, die väterliche Erbschaft haben zu wollen. Wer also damit einverstanden ist, daß Ulpians Aeußerung: wenn der Sohn des Freigelassenen gegen Einmischung oder Antretungs-Handlungen restituirt sey, so trete der Patron ein[12]), eine allgemeine Rechtsregel anerkenne, der darf auch nicht bezweifeln: der Grund von Papinians Entscheidung in der L. fin. *de succ. edicto* sey keineswegs darin zu suchen, daß ein Vorgehender durch Agnition einer B. P. und nicht auf andere Art sein Recht anerkannt habe.

Daß die L. ult. *D. succ. ed.* ihrem buchstäblichen Inhalte nach auf einen suus heres nicht gehe, ist ohne Weiteres klar. Unter der abstinendi facultas wird hier nicht das beneficium abstinendi des suus heres verstanden, sondern — wie auch in anderen Stellen[13]) — die Lossagung von einer bereits erworbenen Erbschaft durch in integrum restitutio. Das successorium edictum (entscheidet Papinian) ist nicht mehr anwendbar,

11) L. 12. C. *de jure delib.* (VI. 30.) „Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam fuit ei *hereditas* delata, pro herede gerere non ambigitur". Vgl. L. 60. D. *h. t.*

12) L. 6. §. 3. D. *de bonis libertor.* (S. oben zu Note 97.)

13) L. 7. §. 10. L. 31. D. *de minorib.* (IV. 4.) L. 6. §. 3. D. *de bonis libertor.* L. 1. §. 10. u. L. 2. §. 10. D. *ad Sct. Tertull.*

Digitized by Google

wenn einmal der vorgehende Cognat die B. P. agnoscirt hat, gesetzt auch, derselbe erhalte dagegen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die allgemeine Regel nun, welche man hierauf gründet: ist einmal die B. P. deferirt, so cessirt sie für die Zukunft ganz —, wird nicht nur durch kein anderes Argument unterstützt, sondern sie steht auch mit sonstigen Quellenäusserungen in directem Widerspruch —, sofern man nicht glaubt, diese durch den leichten Nothbehelf: es seyen hierin anomalische oder singuläre Rechtsbestimmungen enthalten, beseitigen zu können. — Kaum ist es daher zu bezweifeln, daß Papinian's Entscheidung auf den Fall zu beschränken ist, von dem sie buchstäblich handelt, nämlich auf die successio in dem ordo cognatorum. Unter dieser Voraussetzung erklärt sich Alles ziemlich einfach. — Die Succession aus dem Edict unde liberi enthält nur eine Erweiterung der ersten Classe der legitima successio, wodurch die sui zur Erbfolge gerufen wurden; durch die fingirte Rescission der capitis deminutio wurden die Emancipirten den sui wesentlich gleich gestellt [14]). Die zweite Classe (unde legitimi) ist ganz civilrechtlich, oder confirmandi juris civilis gratia eingeführt, wogegen die dritte (b. p. unde cognati) und die vierte (b. p. unde vir et uxor) rein prätorisch sind [15]), nicht blos ihrem Entstehungsgrunde nach, sondern auch ihrer Wirkung nach. D. h. der Prätor schützt hier weder civil-

14) L. 6. §. 1. D. *de B. P.* (XXXVII. 1.)

15) L. 1. pr. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.) „Haec bonorum possessio *nudam* habet Praetoris indulgentiam; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt".

Digitized by Google

rechtliches Erbrecht, noch stellt er die Berufenen den heredes gleich; er verspricht nur gewissen Personen, ungeachtet sie kein Erbrecht haben, wenn sie sich in der gehörigen Ordnung und zur rechten Zeit melden, eine bonorum possessio. Diese kann zwar zum Erbrecht führen [16]), da aber durch sie kein bereits vorhandenes oder anerkanntes Erbrecht geschützt wird, so hielt man, wie es scheint, strenger an den Bedingungen, unter welchen das successorium edictum die Meldung gestattet hatte: nur wenn keiner vorgeht, oder der Vorgehende durch Versäumniß oder Verzicht ausgeschlossen ist, kann die Meldung erfolgen [17]); hat also der Vorgehende einmal die b. p. agnoscirt, so bleibt der Nachberufene ausgeschlossen, auch wenn Jener die Erbschaft wirklich nicht erhält [18]). Bei consequenter Fortbildung des Grundsatzes, daß durch

16) Nämlich wenn Niemand jure civili hereditatem evincit, oder evincere potest. Vgl. Ulp. Fragm. Tit. XXVIII. §. 13. u. Gaji inst. L. II. §. 149.

17) L. 1. §. 10. D. *de successor. ed.*

18) Diese Ansicht, daß nämlich Papinians Aeußerung lediglich auf blos prätorische Successoren (nicht also auf heredes) zu beziehen sey, hat schon Placentinus in Gl. Acc. *Accepisset* ad l. l. Im wesentlichen Resultat stimmt damit auch überein Schilter prax. jur. Rom. Exerc. 41. §. 88. in f. Doch meint er, daß dies Resultat noch auf andere Weise begründet werden könne, indem man entweder Ulpians Ansicht, als die billigere, der strengeren von Papinian vorgetragenen vorziehe, oder davon ausgehe, daß die Entscheidung dieser Juristen auf ganz besondere factische Voraussetzungen gebaut sey —, ganz in ähnlicher Art, wie die oben (zur Note 6) referirten, aber verworfenen Erklärungsversuche der Glosse.

Digitized by Google

Losſagung von einem bereits erworbenen Erbrecht der Nachlaß entweder an die Gläubiger oder an den folgenden Grad komme, möchte derſelbe auch wohl auf die prätoriſche Succeſſion bezogen worden ſeyn; indeſſen iſt man hier, wie in vielen anderen Fällen, bei dem durch die juriſtiſchen Claſſiker überlieferten Recht ſtehen geblieben. Seitdem übrigens ſämmtlichen Cognaten ein geſetzliches, dem agnatiſchen vollkommen gleichſtehendes Erbrecht ertheilt iſt [19]), kann von unmittelbarer Anwendbarkeit der L. fin. D. de successorio edicto nicht weiter die Rede ſeyn. Will man ihr noch einige Bedeutung beilegen, ſo muß dieſe in folgender Art beſtimmt werden: Läßt ſich Jemand gegen den Erwerb einer Erbſchaft reſtituiren und es iſt weiter kein zur Succeſſion berufener oder fähiger Verwandter da, ſo fällt der Nachlaß dem Fiscus an.

Uebrigens muß der Fiscus, gleich dem Erben, die Vermächtniſſe entrichten, ſoweit die Erbſchaft dadurch nicht überſchwert iſt [20]). Auch kann der Erblaſſer durch Hinzufügung der Codizillarclauſel bewirken, daß die Inteſtaterben, an welche nach erfolgter Abſtention oder Reſtitution der Nachlaß fällt, die Vermächtniſſe zahlen müſſen [21]). — In der Regel aber fällt das Recht auf die

19) Nov. 118. c. 4.

20) L. 96. §. 1. *de legat.* I. L. 6. §. 3. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.) Francke Beitr. S. 159—161.

21) L. 6. pr. D. *si quis omissa causa test.* (XXIX. 4.) — Auch hatte ſchon nach dem Pandektenrecht die Abſtention eines im Teſtament präterirten Notherben (nämlich auf die durch die Präterition eröffnete Inteſtaterbfolge) die Wirkung, daß ein eingeſetzter Notherbe, wenn er gleich das Ganze nunmehr nicht aus dem Teſtament des Va-

Digitized by Google

Vermächtnisse weg, wenn der Testamentserbe abstinirt, gerade wie beim testamentum destitutum [22]).

8) Dispositionshandlungen, welche von dem abstinirenden Erben ipso jure vorgenommen sind — z. B. Veräußerungen, oder Zahlungsleistungen an wirkliche Gläubiger des Erblassers — bleiben übrigens bei Kräften. In den davon direct handelnden Stellen ist nur von einem abstinirenden Pupillen die Rede [23]), der bekanntlich gegen

ters, sondern durch den Verzicht seines Bruders erhielt, die sämmtlichen Vermächtnisse zahlen mußte. L. 17. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII. 3.) S. Bd. 36. d. Comment. S. 329 — 332. Nach dem Recht der Nov. 115. versteht sich dies ohnehin von selbst.

22) L. 1. §. 4. D. *ut in poss. legator. vel fideic. servandor. causa.* (XXXVI. 4.) — „Caeterum si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem, *vel abstentos necessarios heredes*, frustra hoc edictum imploratur, *quum certum sit, legatum vel fideicommissum non deberi*". L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.* (S. oben Note 55. dieses §.) A. M. ist außer Böhmer (s. oben Note 54. dieses §.) auch Glück Bd. 29. d. Comment. S. 240. (nicht aber der von ihm daselbst Note 8. als Gewährsmann angeführte H. Donellus). S. dagegen Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien S. 145. fg. Daß übrigens Vormundschaftsernennungen bei Kräften bleiben, läßt sich allerdings mit Glück a. a. O. S. 239. behaupten, wenngleich bestimmte Stellen dafür nicht angeführt werden können. Vgl. oben Nr. 6.

23) L. 44. D. *h. t.* L. 6. §. 1. 2. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.) L. 24. D. *quae in fraud. creditor.* (XLII. 8.) S. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VII. c. 2. §. 12. Francke im Archiv für civilist. Pr. Bd. XVI. S. 251 — 258. — Die bekannten

Digitized by Google

Einmischungshandlungen keiner Restitution bedarf. Es leidet indessen keinen Zweifel, daß ein Gleiches von den Dispositionshandlungen eines großjährigen suus heres gilt, welcher durch Vermittlung der Restitution abstinirt, wie dies denn auch für einen extraneus heres, der gegen den Erbschaftserwerb restituirt ist, ausdrücklich anerkannt wird[24]).

90) Durch Abstention hört der suus heres der wesentlichen Wirkung nach auf Erbe zu seyn (Praetor eum non habet heredis loco), und nur nach strengrechtlicher Consequenz (ipso jure) bleibt ihm die Erbenqualität. Dieses nudum nomen heredis, wie es heißt[25]), ist indessen nicht ohne practische Folgen, theils in Beziehung auf diejenigen testamentarischen Dispositionen,

Streitigkeiten über die Bedeutung dieser Stellen für die Pauliana actio (s. Francke a. a. O. und Laspeyres Arch. für civilist. Pr. Bd. XXI. Abh. 2. §. 9—13.) können hier nicht weiter berücksichtigt werden. In der zuletzt genannten Abhandl. finden sich schätzbare allgemeine Bemerkungen über die Natur und die rechtlichen Wirkungen der Abstention (§. 10—11). Nur geht der Verfasser in der Anwendung des Grundsatzes, daß der suus heres durch die Abstention ipso jure nicht aufhöre Erbe zu seyn, zu weit, wenn er den Vermächtnißnehmern blos das Klagerecht abspricht (falls dies nicht am Ende auf eine leere Subtilität hinausgeht), ferner wenn er daraus schließt, daß das Rechtsverhältniß des abstinirenden Erben dem eines Schuldners gleichstehe, über dessen Vermögen Concurs eröffnet ist.

24) L. 31. D. *de minorib.* (IV. 4.)

25) L. 2. §. 8. D. *ad Sct. Tert.* Vgl. auch L. 6. §. 2. D. *de bonis libertor.* — „quamvis *nomine sit heres*“.

Digitized by Google

welche auch nach der Abstention ihre Wirksamkeit behalten (s. oben Nr. 6.), theils in Beziehung auf das Recht, die aufgegebene Erbschaft wieder zu erhalten. Für einen Pupillen galt in dieser Hinsicht sogar das besondere Recht, daß, wenn (wie wohl in der Regel der Fall ist) die Abstention wegen befürchteter Insolvenz erfolgt war, der Verkauf des Vermögens aber einen Ueberschuß ergab, dieser dem abstinirenden Erben zugestellt werden mußte[26]). Aber auch andere Abstinenten konnten, ohne daß es dazu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedurfte, die aufgegebene Erbschaft zu jeder Zeit wieder erhalten, so lange (und in soweit) das Vermögen noch nicht veräußert war. Justinian hob dies Recht zwar nicht ganz auf, setzte für die Geltendmachung desselben aber eine bestimmte Zeit fest. Die darüber erlassene Constitution[27]) lautet wie folgt: „Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, quum fuerat indistincte ei permissum, donec res paternae in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum temporis licebat ei ad eandem hereditatem redire, hoc corrigentes sancimus: si quidem res jam jam venditae sunt, ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur; quod et antiquitas observabat. Sin autem res alienatae non sunt, si quidem major annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt, intra trium annorum spatium tantummodo hujusmodi ei detur licentia. Sin autem vel minor est, vel in utili tempore constitutus, tunc post impletum quadriennium — — — aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest re-

26) L. 6. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.)

27) L. 6. C. *de repud. vel abstin. her.* (VI. 31.)

Digitized by Google

bus in suo statu manentibus adire hereditatem et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur, nisi forte eo adhuc in minore aetate constituto res venditae sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem, et res recuperare, et creditoribus paternis satisfacere". — Eine eigentliche Restitution war weder früher erforderlich, noch ist sie durch Justinians Constitution eingeführt, vielmehr genügt eine bloße Erklärung, die aufgegebene Erbschaft wieder haben zu wollen [28]); nur wenn Erbschaftssachen bereits veräußert sind, bedarf es einer Restitution, die aber überhaupt nur für Minderjährige möglich ist [29]). Justinian verordnet also: a) Die Wiedererhaltung der Erbschaft soll nur innerhalb dreier Jahre möglich seyn, die aber erst vom Ablauf der Restitutionszeit wegen Minderjährigkeit gerechnet werden. War nun der Abstinirende noch minderjährig oder doch noch nicht neun und zwanzig Jahre alt (in utili tempore constitutus), so kann er die Erbschaft bis zum vollendeten zwei und dreißigsten Jahre noch wieder erhalten; war er dagegen zur Zeit der Abstention bereits über jenes Alter hinaus, so hat er eben immer nur drei Jahre von Zeit der

28) *H.* Donellus comment. jur. civ. l. l. §. 47. Böhmer diss. cit. §. 17. Note f. (Elect. T. I. p. 121.) Vgl. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. VI. S. 155. fg., welcher übrigens anzunehmen scheint, daß es vor Justinian stets einer in integrum rest. bedurft habe, um die Erbschaft, von der man sich losgesagt hatte, wieder zu erhalten, auch für den abstinirenden suus.

29) Lagrevres a. a. O. S. 85. Note 120.

Digitized by Google

Lossagung angerechnet. b) Für großjährige Abstinenten ist dies Recht dadurch bedingt, daß die erbschaftlichen Objecte noch nicht veräußert sind, Minderjährige aber werden auch gegen Veräußerungen restituirt, also — wie auch in anderen Fällen[30]) — gegen dritte Besitzer von Erbschaftssachen. Dieser Satz ist so vorgetragen, als ob hier das Recht der Wiedererhaltung an die obige Frist überall nicht gebunden sey[31]). Unmöglich aber kann gemeint seyn, daß diese Restitution noch Statt finde, nachdem der ehemalige Minor zwei und dreißig Jahre alt geworden ist. Justinians Darstellung beruht daher ohne Zweifel auf einer gedankenlosen Verknüpfung der beiden Hauptsätze seiner Constitution, wovon der eine auf die Zeit geht, binnen welcher der Widerruf nur Statt finden soll, der andere auf das besondere Recht Minderjähriger, gegen bereits erfolgte Veräußerungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen zu können[32]).

30) L. 13. §. 1. D. *de minorib.* Doch in dem hier vorausgesetzten Fall ist das Restitutionsrecht erst von Justinian eingeführt; in den Pandekten wird es wenigstens dem extraneus minor abgesprochen. L. 24. §. 2. *eod.*

31) Gewöhnlich nehmen die Ausleger hieran nicht den mindesten Anstoß, sondern geben Justinians Aeußerung buchstäblich wieder. Böhmer l. l. §. 17. a. E. und auch noch v. Schröter a. a. O. sagt: „Wenn er noch minor ist u. s. w., so soll er die Erbschaft innerhalb dreier Jahre, von dem Ablauf des quadriennium continuum der in int. rest. an, — reclamiren dürfen. Später wird ihm dies nur im Wege der in integrum restitutio in dem einen Falle gestattet, daß die Erbschaft während seiner Minderjährigkeit verkauft wurde".

32) Von diesem Gesichtspunct geht Glück bei Erklärung der L. 12. cit. aus; Bd. XI. des Comment. S. 272. fg.

Digitized by Google

Es ist nunmehr noch das Verhältniß einiger Pandektenstellen zu dieser Neuerung zu bestimmen. — L. 12. pr. D. *de interr. in jure fac.* (XI. 1.) „Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in jure interrogatus responderit se heredem esse, tenebitur; nam ita respondendo pro herede gessisse videbitur". — Also der Sohn hatte zwar seine Abstention erklärt, beantwortet aber die Frage eines Erbschaftsgläubigers: ob er Erbe sey? bejahend. Dies verpflichtet ihn zur Zahlung. Nach dem Pandektenrecht konnte der Abstinirende die Erbschaft noch zu jeder Zeit wieder annehmen, so lange res integra war. Schwerlich aber denkt der Jurist hierbei an dies Recht, sondern nur an die Verpflichtung des Befragten, auf den Grund der von ihm gegebenen Antwort in Anspruch genommen werden zu können, in ähnlicher Art, wie auch der verantwortlich bleibt, welcher zwar abstinirt hat, allein sich dennoch aus der Erbschaft etwas anzueignen sucht[33]). Eine solche Verbindlichkeit muß daher auch behauptet werden, wenngleich die Zeit verflossen ist, binnen welcher ein abstinirender Erbe die Erbschaft reclamiren kann[34]). — Diese nämliche Verbindlichkeit folgt denn auch aus jeder anderen Einmischungshandlung, ohne daß dabei die Frage eingemengt werden darf: hat denn der Abstinirende überall noch ein Recht, die Abstention zu widerrufen? Nur muß die Handlung als eine wahre, und als eine den Abstinirenden verpflichtende Einmischungshandlung erscheinen. In einer Stelle von Ulpian[35]) wird die Frage erörtert:

33) S. z. B. L. 91. D. *h. t.* u. oben §. 1488. S. 341. fgg.

34) Cujacius Lib. XXII. obs. c. 27. Vgl. *A.* Faber Dec. XXXI. Err. 9.

35) L. 20. §. 4. D. *h. t.*

Digitized by Google

ob der abstinirende Sohn durch die Annahme dessen, was ein statu liber laut Testaments ihm um frei zu werden (conditionis implendae causa) geben sollte, den Gläubigern verpflichtet werde? Von manchen Juristen (wird referirt) werde die Frage schlechthin bejaht. Julian scheint der Meinung gewesen zu seyn, daß nur dann, wenn die Abstention nicht erklärt sey, darin eine Einmischungshandlung liege[36]). Papinian unterschied, ob er einen Miterben habe, oder nicht. Nur im letzteren Falle enthalte die Annahme des Geldes eine Einmischung, nicht aber im ersteren; („si coheredem habeat, et coheres adiit, non est cogendus is, qui accepit a statulibero, actiones creditorum suscipere"). Zur Rechtfertigung dieser Ansicht fügt er hinzu: „Nam quum se filius abstinet, idem debebit consequi jure praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit: quo facto statu liber filio nominatim pecuniam dare jussus, potuisset et[37]) non heredi dando ad libertatem pervenire". D. h. ein ab-

36) Buchstäblich lautet der Satz zwar so, als ob Julian gesagt habe: auch dann, wenn die Abstention nicht erklärt sey, könne der Sohn von den Gläubigern belangt werden. (Julianus autem, *et si non abstinuit*, idem existimavit). Indessen konnte ja dies gar kein Gegenstand eines Zweifels seyn. Vielleicht lautet der Satz ursprünglich so: si non abstinuit (mit Weglassung des et), wodurch denn der obige Sinn herauskommt. S. Westphal von Vorlegung u. s. w. d. Test. §. 230. Hunger in d. deutschen Uebers. Bd. III. S. 145.

37) Das et fehlt in der Flor., wird aber von Haloander hinzugefügt; jedenfalls erfordert es der Sinn. Durch Annahme einer einfachen Gemination (potuisset) rechtfertigt sich dieser Zusatz auch.

Digitized by Google

stinirender suus kann die Rechte in Anspruch nehmen, welche einem Emanzipirten (überhaupt also jedem extraneus heres) zugestanden werden müssen, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Angenommen daher, es wäre ein Emanzipirter nebst einem Dritten eingesetzt, vom Erblasser aber bestimmt, der Sclave solle frei seyn, wenn er dem Ersteren eine bestimmte Summe zahle, so würde die Bedingung des Testaments ja auch erfüllt werden können, wenngleich der Miterbe, welchem geleistet werden sollte, die Erbschaft ausschlägt; es braucht ja nicht nothwendig ein Erbe zu seyn, dem geleistet wird, wenn nur die testamentarische Auflage überhaupt erfüllt werden kann[38]).

L. 8. D. *de jure deliberandi* (XXVIII. 8.) „Si quis suus heres, postquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus an impetrare debeat? Magisque est, ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint". Also, selbst noch nachdem die Abstention bereits erklärt ist, kann der Abstinirende ein Deliberationsspatium nachsuchen[39]), jedoch wird dies nur causa cognita ertheilt und jedenfalls abgeschlagen, wenn das Vermögen schon verkauft ist. Von selbst versteht sich jetzt auch die Be-

38) Pothier Pand. Justin. h. t. Nr. XV.

39) *A.* Faber Dec. XXXIV. Err. 6. hält es sogar für nothwendig, daß eine Abstention vorausgegangen seyn müsse, um eine Deliberationsfrist impetriren zu können, da es widersprechend sey, daß Jemand, der Erbe geworden, noch erst deliberiren wolle. Allein, wie darin ein Widerspruch liegen soll, daß Jemand, der ipso jure die Erbschaft erworben hat, oder sich davon lossagen kann, sich zur Abgabe seiner Erklärung hierüber eine Frist erbittet, ist schwer zu begreifen.

Digitized by Google

schränkung, daß nicht schon die Zeit verflossen seyn müsse, welche Justinian für die Wiederannahme der aufgegebenen Erbschaft festgesetzt hat.

Nach der ganzen bisherigen Darstellung ist von selbst klar, daß man allerdings nicht sagen kann, durch Abstention eines im Testament eingesetzten suus heres werde das Testament destituirt, wohl aber, daß ein großer Theil der Wirkungen eines destitutum testamentum bei einem durch Abstention aufgegebenen testamentarischen Erbrechts eintrete.

§. 1490.

3) Beweislast, wenn das Recht zu abstiniren zur Frage steht*).

Die erbschaftlichen Gläubiger können den suus heres in Anspruch nehmen, so lange er noch nicht abstinirt hat. Wem aber die Beweislast obliege, wenn der suus die Gläubiger durch Berufung auf sein jus abstinendi zurückweisen will und sie ihm dies streitig machen? ist eine alte Streitfrage. Es ist nicht genau, wenn man diese Frage so faßt: wer zu beweisen habe, wenn der suus heres behauptet, er habe abstinirt. Daß er diese Behauptung zu erweisen habe, kann überall kein Gegenstand eines verständigen Zweifels seyn. Verwirrend ist es ferner, wenn man hier die vermeintlich in L. ult. C. *de jure deliberandi* (VI. 30.) enthaltene Bestimmung einmengt, daß der suus heres sich binnen drei Monaten über die Abstention erklären müsse, widrigenfalls an die

*) *J. C.* Koch de heredibus suis, ad probationem abstentionis haud obligatis. Giess. 1766. A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. §. 28.

Digitized by Google

Erbschaft gebunden sey[40]). Daß das genannte Gesetz eine solche Frist überall nicht, weder für den suus noch für den extraneus heres angeordnet hat, ist bereits an einem anderen Orte dieses Commentars gezeigt[41]). Wäre dies aber auch der Fall, so würde dies doch den eigentlichen Gegenstand unserer Streitfrage nicht berühren[42]). Möchte das Gesetz eine Frist zur Abstention vorgeschrieben haben, oder eine solche Frist durch Testament oder obrigkeitliches Decret vorgeschrieben seyn, so würde sich allemal von selbst verstehen, daß der suus heres nach Ablauf der Frist zu beweisen hätte, er habe während derselbe die Abstention erklärt. Hier fragt es sich eigentlich nur: wenn der suus heres von seinem jus abstinendi Gebrauch machen will, muß er alsdenn beweisen, es sey noch res integra, d. h. er habe sich nicht eingemischt, oder haben die Gläubiger gegen ihn etwaige Einmischungshandlungen darzuthun? Die gemeine Meinung hat sich von jeher dafür erklärt, daß den Gläubigern die Beweislast obliege[43]), wie dies auch selbst von den Gegnern zugestanden wird[44]). — Diese nun stützen

40) Dies geschieht von Pufendorf observ. jur. univ. T. III. obs. 8.

41) Bd. 41. §. 1467. S. 327—354.

42) Weber a. a. O. S. 187. fg. der Ausg. von Hefter.

43) Sie wird unter Anderen vertheidigt, außer von Koch diss. cit. u. Weber a. a. O., von *G. L.* Böhmer exercit. cit. §. 24—26. und Höpfner Comment. §. 540. Not. 4.

44) So von *Henr.* Coccejı diss. de successione ab intestato. Sect. 3. §. 4. und Averanius interpr. jur. Lib. I. c. 9. nr. 20. 21. (welcher die Meinung, daß der suus heres beweisen müsse, am ausführlichsten vertei-

Digitized by Google

ihre abweichende Ansicht hauptsächlich darauf: die Gläubiger gründen ihre Ansprüche auf die Erbenqualität des suus, diese aber liegt erwiesen vor, da der suus ipso jure Erbe wird. Sie haben mithin fundatam intentionem, wogegen der Verklagte sich auf einen ausnahmsweise, oder jure singulari, für ihn eintretenden Befreiungsgrund beruft; er hat also (sagt man) das Daseyn der factischen Voraussetzungen dieses Befreiungsgrundes darzuthun. — Dies ist an sich auch sehr richtig, indessen würde die davon hier gemachte Anwendung nur dann dafür gehalten werden können, wenn die Befreiung von den Ansprüchen der Gläubiger durch eine in der Vergangenheit liegende Handlung bedingt wäre[45]). Das aber ist nicht der Fall. Das Recht zu abstiniren ist weder an eine bestimmte Zeit, noch an Formen gebunden; wenn der in Anspruch Genommene erklärt: er sage sich los von der Erbschaft, so genügt das[46]). Die factische Voraussetzung, worauf das jus abstinendi zunächst beruht, ist eben keine andere, als die, wodurch der Erwerb der Erbschaft ipso jure begründet wird, nämlich die Eigenschaft eines suus heres. Daß das Recht zu abstiniren auf einem jus singulare beruht, ist gleichgiltig, sobald feststeht, daß der,

digt; dies bildet fast den alleinigen, wenigstens den wichtigsten Gegenstand seiner ganzen Abhandlung.

45) Dies scheint auch Averanius zu Anfang seiner Abh. anzunehmen, indem er (Nr. 5. 6. 7.) sagt: wenn der suus heres behaupte, daß er aus dem Erwerb der Erbschaft nicht verpflichtet sey, so müsse er beweisen, er habe abstinirt. Indessen giebt er später (Nr. 66.) selbst zu (was freilich auch nicht geläugnet werden kann), daß der suus noch abstiniren könne, wenn er bereits in Anspruch genommen sey.

46) L. 21. D. *de auct. tut.* (XXVI. 8.) L. 44. D. *de re jud.* (XLII. 1.) S. oben §. 1488.

Digitized by Google

welcher sich lossagen will, zu den Personen gehört, denen dies beneficium juris zusteht. Nunmehr liegt es dem ob, der behauptet, daß dem Gebrauch dieser Rechtswohlthat ein besonderes Hinderniß entgegensteht, das Daseyn eines solchen nachzuweisen, — also daß der suus durch Handlungen oder Worte sich für die Beibehaltung der Erbschaft erklärt, oder das Recht zu abstiniren durch Amotion oder sonstiges heimliches Aneignen väterlicher Erbschaftssachen verwirkt habe. Liegen nun Handlungen vor, welche als Einmischungshandlungen betrachtet werden dürfen (s. hierüber §. 1488.), so ist es jetzt an dem suus, die Wirkung derselben durch (indirecten) Gegenbeweis zu entkräften, oder darzuthun, daß die Absicht dabei nicht zu Grunde gelegen habe, sich Rechte an der Erbschaft beizulegen, oder sich mit Verbindlichkeiten zu belasten[47]). Also, die Klage der Gläubiger ist allerdings begründet, aber auch die Exception des Beklagten ist es dadurch, daß er erklärt: er mache von der prätorischen Rechtswohlthat Gebrauch, indem er die Erbschaft aufgebe. Diese Exception kann nur dadurch entkräftet werden, daß die Gläubiger sich replicando auf eine erfolgte Einmischung oder sonstige Handlungen des Beklagten berufen, wodurch die Abstention verwirkt erscheint, wonächst alsdenn ihm es obliegt, die Folgerichtigkeit der replicando vorgeschützten Handlungen durch Gegenbeweis zu entkräften[48]).

47) Struve Synt. jur. civil. Exerc. 34. §. 22. Struk us. mod. Pand. h. t. §. 4. Voet ad Pand. h. t. §. 7. Müller observat. ad Leyser T. IV. obs. 570. Weber a. a. O. S. 186. v. Berg juristi. Beobacht. u. Rechtsfälle Bd. II. Abh. IX. §. 7.

48) Böhmer l. l. §. 25. p. 132.

Digitized by Google

Manche Vertheidiger der richtigen Ansicht erklären alsdann die Gläubiger frei vom Beweise der Immixtion, wenn der Erbe sich im Besitz der Erbschaft befinde, indem der Besitz die Vermuthung der Einmischung begründe, solange nicht der besitzende Erbe darthue, daß er nicht als Erbe besitze[49]). Indessen auch dies kann für richtig nicht gehalten werden, oder ist wenigstens sehr ungenau ausgedrückt. Eine Einmischung, als res facti, ist an sich nie zu vermuthen, sondern muß bewiesen werden. Wäre daher etwa anerkannt, daß mit dem Erbschaftserwerb auch zugleich der Besitz auf den Erben übergehe[50]), so würde dies, als eine blos juristische Wirkung, den Erben eben so wenig mit dem Beweis der nicht erfolgten Immixtion belästigen, als der Umstand, daß er ipso jure Erbe geworden ist. Hat er aber sich factisch in den Besitz gesetzt, oder irgend eine Handlung vorgenommen, wodurch er zu erkennen giebt, daß er sich den Erbschaftsbesitz beilege, so liegt eben hierin eine Einmischungshandlung, folglich ist der Beweis der Immixtion erwiesen[51]).

§. 1491.

II. Erwerb der Erbschaft durch Erbschaftsantretung. Kann sie durch Stellvertreter erfolgen?

Nur sui et necessarii heredes erwerben die Erbschaft ipso jure[52]); anderen Erben wird sie durch eine

49) Mevius P. I. dec. 72. Böhmer l. l. §. 26. Müller l. l. p. 41. 42.

50) S. über diese Frage unten §. 1497.

51) Vgl. Voet l. l. und Weber a. a. O. S. 186. fg.

52) Nach dem älteren germanischen Recht, so wie nach neueren Particular- und statutarischen Rechten beschränkt sich

Digitized by Google

auf Annahme der Erbschaft gerichtete Willensäußerung (hereditatis aditio) erworben. Es beschränkt sich übrigens dieser Unterschied zwischen necessarii und extranei heredes auf den Erbschaftserwerb nach Civilrecht; zur bonorum possessio gelangt Niemand, auch der suus heres nicht, ohne eine darauf gerichtete Erklärung.[53]). Davon, und überhaupt von der practischen Bedeutung der bonorum possessio im heutigen Recht, kann aber erst unten (Buch 37. Tit. 1.) im Zusammenhange gehandelt werden. Einzelne Fälle, in denen noch von ihrer Anwendung die Rede seyn kann, wurden bereits oben erwähnt (s. §. 1487. S. 311. fgg.) und werden auch noch weiter unten (§. 1492. Nr. I. 5. und 1496.) zur Sprache kommen[54]).

Die hereditatis aditio nun wird noch in Justinians

diese unmittelbare Erwerbung nicht auf sui. Da indessen das römische Recht jetzt die Regel bildet, so kann hievon ex professo in diesem Commentar nicht die Rede seyn. Doch wird die beim §. 1497. zu erwähnende Rechtsparömie: le mort saisit le vif uns Gelegenheit geben, das Verhältniß dieses besonderen Rechts zu den Lehren des röm. Rechts von Erwerbung und Transmission eines Erbrechts kürzlich zu bestimmen.

53) Vgl. mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 704.

54) Nur beiläufig mag hier noch bemerkt seyn, daß der suus auch in dem Fall einer b. p. bedarf, wenn er in einem Testament eingesetzt ist, das nur nach prätorischem Recht (durch secundum tabulas B. P.) aufrecht erhalten werden kann, wie in den Fällen der L. 1. §. 6. D. *de b. p. sec. tab.* (XXXVII. 11.) L. 11. §. 2. *eod.* S. Bd. XXXVIII. d. Comment. S. 478. fg. (Nr. 3. 4.) C. L. Runde patriotische Phantasieen eines Juristen. (Oldenb. 1836.) S. 309.

Digitized by Google

Pandekten als altfeierliche Handlung (actus legitimus) bezeichnet, welche keine Stellvertretung leide, und eben so wenig eine Beschränkung durch Zeitbestimmung oder Bedingung[55]). Diese Benennung läßt schließen, daß in früherer Zeit die cretio, oder die Antretung der Erbschaft mittelst der verba solennia: „quod me (v. c.) Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque“[56]), eine allgemeine und zwar nothwendige Form für die Erbschaftsantretung nach Civilrecht war. Von den classischen Juristen finden wir ihrer als nothwendiger Form nur noch für die Fälle erwähnt, wenn der Testirer den Erben cum cretione oder unter Bestimmung einer Cretionsfrist eingesetzt hatte (was besonders bei Anordnung von Substitutionen gebräuchlich gewesen zu seyn scheint), und zwar noch mit einer Verschiedenheit zwischen perfecta und imperfecta cretio; im letzteren Falle konnte der Substitut auch durch pro herede gestio ausgeschlossen werden, wenn diese nur innerhalb der vorgeschriebenen Frist erfolgte[57]). Vielleicht mußte auch, wenn ein Sclave oder Haussohn eingesetzt war, die jussu patrisfamilias vorzunehmende Erbschaftsantretung mittelst cretio erfolgen[58]). Auch die Intestaterben erwarben die

55) L. 77. D. *de regul. jur.*

56) Gaji inst. II. §. 165. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 28.

57) Von diesem Allen, so wie auch von der Eintheilung der cretio in eine vulgaris und continua ist bereits im 40. Bande d. Comment. §. 1449. S. 145—147. die Rede gewesen. Vgl. Gaji inst. II. §. 164—166. 168—170. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 27—34. — S. auch Schilling Bem. üb. Rechtsgesch. S. 196—201.

58) Huschke Studien des röm. Rechts. S. 254—258. Hugo Rechtsgesch. S. 254. Note 2. — Geradezu folgt dies

Digitized by Google

Erbschaft durch cretio. Nöthig war dies aber schon zur Zeit von Gajus nicht mehr, sondern es konnte ein Intestaterbe auch durch pro herede gestio, so wie durch eine einfache Willenserklärung die Erbschaft erwerben[59]). Dies wird auch noch in Constitutionen christlicher Kaiser anerkannt[60]), was man doch wohl als ein indirectes Zeugniß dafür ansehen darf, daß wenigstens zu einer Zeit die Beobachtung der Cretionsform auch von den Intestaterben verlangt wurde[61]). Durch eine Constitution des K. Theodos I. soll diese Form ganz aufgehoben seyn[62]).

freilich aus Gaji II. §. 189. 190. (worauf man sich hierbei insonderheit bezieht) nach keineswegs. Eher aus §. 187. das. u. L. 1. Greg. Cod. *de patr. pot.* (X. 13.)

59) Gaji II. §. 167. „At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo jure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri".

60) L. 1. Th. C. *de cretione, vel bonorum possessione.* (IV. 1.) L. 1. §. 1. L. 4. L. 8. §. 1. Th. C. *de matern. bon.* (VIII. 18.)

61) Vgl. meine Anm. zu Heineccii Antiquit. synt. Lib. II. Tit. XVII. sqq. §. 14. Not. i. p. 446. Das Gegentheil behauptet Wenck ad L. 1. Th. C. *de cretione et bon. poss.* (p. 201. seiner Ausg. der 5. ersten Bücher Note a.) Vgl. Schrader was gewinnt die röm. Rechtsgesch. durch Cajus Instit. S. 15. Hugo a. a. O. Schilling Bem. üb. Rechtsgesch. S. 78. fg. Note 183.

62) Wenigstens lautet so, die unter dem Namen dieses K. in dem Justin. Constitutionen-Codex befindliche Constitution, L. 17. C. *de jure deliberandi.* (VI. 30.) „Cretionum solennitatem hac lege penitus amputari decernimus".

Digitized by Google

Jedenfalls existirt sie im Justinianischen Recht nicht mehr, sondern jede ernstlich gemeinte und verständliche Willensäußerung, erfolge sie durch Worte oder durch Handlungen (pro herede gestio) enthält eine giltige hereditatis aditio [63]). Allein die Bedeutung eines altförmlichen Rechtsacts behielt die h. a. nach wie vor: sie mußte in Person vorgenommen, durfte auch nicht an Zeit und Bedingungen geknüpft werden. Es ist dies ganz entschieden die Ansicht unserer Rechtsquellen. Eine andere Frage ist: ob dies dem einfachen und natürlichen Act des Erbschaftserwerbs entspricht und ob es für anwendbares Recht zu halten sey? Manche läugnen dies und wollen nicht nur den Erbschaftserwerb durch Stellvertreter zulassen, sondern auch eine bedingte Antretung der Erbschaft gestatten [64]). Was über den letzteren Punct zu sagen ist, muß bis zum folgenden §. ausgesetzt bleiben. Ueber den ersteren wird eine Erörterung hier am rechten Orte seyn [65]).

Daß die cretio nicht durch Stellvertreter erfolgen durfte, ergiebt sich nicht blos aus allgemeinen Grund-

63) §. 7. J. *h. t.* (II. 19.)

64) Zu diesen gehört auch Hellfeld, indem er am Schluß des §. bemerkt: Utrumque, et acceptatio et repudiatio, abrogato cretionis ritu solenni, recentiori jure pure aeque ac sub conditione, in propria persona et per procuratorem fieri potest.

65) Einzelne der hier vorzutragenden Sätze finden sich bei Hellfeld erst beim §. 1495. berührt. Ueberhaupt aber ist in der Lehre von der Erwerbung und der Ausschlagung einer Erbschaft wieder Alles so durch einander geworfen, daß eine veränderte Ordnung mir auch hier unerläßlich erschien.

Digitized by Google

sätzen über altfeierliche Handlungen[66]), sondern auch aus der dabei üblichen Wortformel, welche ja doch nur von dem Erben selbst ausgesprochen werden konnte[67]). Indessen wird der Grundsatz auch ganz allgemein für die hereditatis aditio anerkannt, nicht nur in der bereits angeführten L. 77. D. *de regul. jur.*, sondern auch in der L. 90. pr. D. *h. t.* „Per procuratorem[68]) he-

66) L. 123. pr. D. *de reg. jur.* „Nemo alieno nomine lege agere potest". Vgl. meine Lehre von der Cession S. 42—44. d. 3. A.

67) S. den Text zu Note 56. — Auf eine Ausnahme scheint folgende Aeußerung Cicero's hinzudeuten: „ex eo cognovi cretionem Cluvii — *liberam cretionem* — —. Nunc mittendum est, *ut meo jussu cernat*". (ad Attic. ep. 46. Lib. 13.) Am meisten Beifall hat die Erklärung gefunden, daß in dem Testament die Vollziehung der Cretion durch einen Anderen habe gestattet werden können (Schilling Bem. üb. Rechtsgesch. S. 196—200., wo sich auch andere Erklärungen finden). S. dagegen Averanius interpret. I. c. 12. Nr. 51. Er selbst will die Stelle von einem jussu domini durch hausunterthänige Personen erfolgten Erbschaftsantritt verstehen, oder auch von einem Auftrag an den Miterben, die Erbschaft für sich allein anzutreten (Nr. 51—53). Die große Kürze und Unbestimmtheit der Stelle läßt eine sichere Erklärung schwerlich zu.

68) So liest auch Haloander statt des Florentinischen: per curatorem. Brencman in not. ad h. l. meint, daß hinter per die Silbe pro ausgefallen sey. Dem Sinne nach ist es einerlei, da auch sonst die Ausdrücke curator und procurator mit einander verwechselt werden, indem z. B. bald von einem curator, bald von einem procurator Caesaris die Rede ist. S. Bynkershoek observ. jur. Rom. Lib. II. c. 20. Vgl.

Digitized by Google

reditatem acquiri non posse". Gewöhnlich beruft man sich dafür auch auf den Anfangssatz einer anderen Stelle[69]), welcher so lautet: „Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest". Indessen handelt die Stelle von einem factisch in der Sclaverei lebenden Menschen, der zum Erben eingesetzt ist. Dieser erwirbt (sagt der Jurist) dem die Erbschaft nicht, welchem er dient, sondern entweder sich selbst, wenn er nämlich seines freien Zustandes sich bewußt für sich erwerben will, oder Keinem[70]). Eben so wenig darf man sich aber auch für die Möglichkeit eines Erbschaftserwerbs durch Stellvertreter auf solche Stellen berufen, welche dem Hausherrn das Recht zugestehen, die einem Sclaven oder Haussohn deferirten und auf seinen Befehl von diesen angetretenen Erbschaften zu erwerben. Nicht einmal das folgt daraus, daß der Erwerb einer Erbschaft, die dem Hausherrn selbst deferirt war, durch unfreie Stellvertreter möglich sey. Allerdings war die Möglichkeit, die diesen deferirten Erbschaften zu erwerben, von der Erbfähigkeit des Hausherrn abhängig[71]), auch erwarb derselbe die Erbschaft mit dem Augenblick, wo auf seinen Befehl die Antretung durch den servus u. s. w. erfolgt

Cujacius observ. Lib. I. c. 33. A. M. ist Duarenus disput. anniversar. Lib. II. c. 27., welcher glaubt, daß hier nur von dem Curator eines Minderjährigen die Rede ist.

69) L. 54. pr. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.)

70) Vgl. L. 19. in f. eod. und L. 59. pr. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) L. 25. pr. D. *h. t.*

71) L. 31. pr. D. *de heredib. inst.* Vgl. Bd. 39. d. Comment. §. 1487. S. 211.

Digitized by Google

war[72]), und daß der Befehl der Antretung voraufgegangen sei, war eine feststehende Bedingung des Erwerbes[73]). Allein immer erscheint dabei die hausunterthänige

72) L. 79. D. *h. t.* „Placet, quoties acquiritur per aliquem hereditas, vel quid aliud ei, cujus quis in potestate est, *confestim* acquiri ei, cujus est in potestate, *neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur*".

73) L. 25. §. 7. D. *h. t.* „Sed quid, si mandavit, ut hereditatem colligat, an videtur mandasse ut adeat? Quid, si, ut petat bonorum possessionem, aut, ut rem hereditariam distrahat? Aut quid, *si petitam bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat hereditatem?* Vel quid, *si pro herede gerere mandavit, filius adiit hereditatem?* An jussu videatur adiisse, dubitari potest; imo verius est, ex his omnibus aditionem esse introducendam". Man sieht aus dieser Stelle, wie aus anderen (z. B. L. 25. §. 8—10. *eod.*), daß es zweifelhaft war, ob nicht der Antretungsauftrag auf bestimmte oder befehlende Weise erfolgen müsse? Entschieden wurde, daß auf die Form, in welcher derselbe ertheilt werde, nichts ankomme, wenn nur der Wille des Hausherrn außer Zweifel und auf eine bestimmte Erbschaft gerichtet sey. (L. 25. §. 5. *eod.* „Sed utrum generaliter: *quaecunque tibi hereditas fuerit delata*, an specialiter? Et magis placet, ut Cajus Cassius scribit, specialiter debere mandare"). Darum liegt auch in der Genehmigung einer Einmischungshandlung (z. B. einer agnoscirten bonorum possessio) ebenfalls ein jussus: nur mußte hinterher noch eine eigentliche Antretungshandlung erfolgen, die bloße Genehmigung hatte hier mithin nicht rückwirkende Kraft. Wenn also z. B. eine ohne Auftrag erfolgte bonorum possessio gut geheißen wurde, so lag hierin ein Antre-

Digitized by Google

Person selber als das zur Antretung eigentlich berechtigte Subject[74]), nicht der Hausherr, welcher streng genommen die Antretungshandlung gar nicht einmal vornehmen durfte; daraus folgt denn auch, daß, wenn zwar der Befehl zur Antretung gegeben war, aber vor der Antretung wieder zurückgenommen ward, oder diese erst erfolgte, als das Gewaltverhältniß bereits aufgehoben war, die Erbschaft ihm auch nicht erworben wurde: „Sed si posteaquam jussit, *poenitentiam egit*, *priusquam adiret*, nihil agit adeundo. Item *si se arrogandum dederit*, *priusquam filius adiret*, *non est acquisita hereditas*“[75]). Diese Be-

tungsauftrag, der aber jetzt erst giltig ausgeführt werden konnte. (Beiläufig gesagt, erhält die oben zu Note 58. geäußerte Vermuthung, daß hausunterthänige Personen die Erbschaft nur durch cretio erwerben konnten, eine nicht unerhebliche Unterstützung durch die Fassung dieser Stelle; vielleicht lautete sie ursprünglich so: si bon. poss. rat. habuit, *mox filius cernat hereditatem* u. s. w.) Daß der jussus der Antretung voraufgehen mußte, wird auch sehr bestimmt in der L. 25. §. 4. *eod.* bemerkt, wo Ulpian den Unterschied zwischen tutoris auctoritas und jussus (oder jussum, wie es hier heißt) patrisfamilias hervorhebt. Von dieser Stelle ist bereits eine völlig befriedigende Erklärung gegeben in dem 30. Bande dieses Comment. §. 1339. S. 458 — 460. Es ist mir unbegreiflich, wie dennoch Hunger (Anm. 100. zu dieser Stelle in der deutschen Uebersetzung Bd. III. S. 148.) obgleich er sich auf die Erklärung von Glück bezieht, die allen Zusammenhang aufhebende vermeintliche Emendation billigen kann, wonach statt: quae interponitur, gelesen werden soll: quae *non* interponitur!

74) Averanius interpr. L. c. 12. §. Nr. 56. und Bd. 39. d. Comment. a. a. O. S. 212. S. 215. fgg.

75) L. 25. §. 14. 15. D. *h. t.*

Digitized by Google

stimmungen enthalten denn auch noch eine indirecte Bestätigung der Ansicht, daß die Erbschaftsantretung von dem zur Erbschaft Berufenen in Person geschehen mußte; denn hätte die dem servus u. s. w. deferirte Erbschaft unmittelbar durch eine Handlung des Hausherrn erworben werden können, so mußte eben der jussus schon genügen und nicht erst die Antretung durch die hausunterthänige Person als der eigentliche Erwerbsact gelten. (S. hierüber die weiter unten folgende Ausführung).

Uebrigens ließen schon die juristischen Classiker Ausnahmen zu: so war der procurator Caesaris[76]) zur Vornahme der Erwerbshandlungen berechtigt, wodurch dem Kaiser die ihm selber oder seinen servi deferirten Erbschaften erworben wurden, d. h. hier ertheilte er den jussus, dort begründete er den Erwerb durch seine Erklärung oder Einmischungshandlung; nur mußte er, um eine nicht solvente Erbschaft annehmen zu können, erst noch die Genehmigung des Kaisers einholen[77]). Aehnliche Ausnahmen mußte man natürlich auch für die juristischen Personen gelten lassen, denen civilrechtliche Erbfähigkeit zugestanden wurde[78]), und eigenthümliche Bestimmungen über den Erbschaftserwerb für Hauskinder wurden besonders durch Constitutionen späterer Kaiser festgestellt; es wird davon beim folgenden §. die Rede seyn. Ueberall aber galt das strenge Prinzip nicht bei

76) Vgl. hierüber Bd. 31. d. Comment. §. 1355. a. S. 228. fgg.

77) Vgl. L. 1. §. 2. L. 2. D. de officio procuratoris Caesaris vel rationalis. (I. 19.) L. 25. §. 2. D. h. t. Averanius l. l. Nr. 40—42. 58.

78) Vgl. Dirksen über den Zustand der juristischen Personen nach röm. Recht; in der civilist. Abhandl. Bd. II. Abh. 1. S. 137. fgg.

Digitized by Google

den durch den Prätor vermittelte Successionsarten, namentlich der Bonorum possessio und der Restitution eines s. g. Universalfideicommisses[79]). L. 8. §. 7. D. *de B. P.* (XXXVII. 1) „Acquirere quis bonorum possessionem potest, vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est“[80]). Also auch ohne Auftrag kann von einem Stellvertreter die bonorum possessio agnoscirt werden, wenn nur hinterher eine Genehmigung erfolgt. — L. 65. pr. D. *ad Sc. Treb.* (XXXVI. 1.) „Servo, invito domino vel ignorante, non recte restituetur hereditas, sed *si postea ratum habuerit, confirmabitur restitutio.* Verum ipsi domino acquirentur actiones, nec, quia hereditatis acquisitioni similis est haec restitutio, jussum praecedere oportet, sed, ut dictum est, *etiam ratihabitio subsequi poterit, exemplo bonorum possessionis.* Neque interest, *quod ad propositum attinet*, ipsi domino, an servo quis rogetur restituere, nec in ea re consensu aut opera servi opus est; atque in bonorum possessione, vel in adeunda hereditate consensus ejus necessarius est. Itaque si qui suspectam dicent hereditatem, postulante domino compellendi erunt adire et restituere hereditatem“. Es ist nicht nöthig (sagt Mä-

79) S. über die zuletzt genannte Succession Gajus inst. II. §. 253. in f. „Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit: eaeque in edicto proponuntur“.

80) Vgl. L. 15. 16. *eod.*

Digitized by Google

cianus, der Verfasser dieser Stelle), daß einem Sclaven zur Entgegennahme einer fideicommissarischen Erbschaft ein vorgängiger Auftrag ertheilt werde, ungeachtet die Restitution einer fideicommissaria hereditas dem Erbschaftserwerb ähnlich ist; es genügt also, wenn der Herr die ohne seinen Auftrag erfolgte Restitution hinterher genehmigt, nach der Analogie dessen, was für die Agnition der B. P. anerkannt ist. Uebrigens (fährt er fort) ist es in einem Falle dieser Art (quod ad propositum attinet) gleichgiltig, ob nach der Anordnung des Testaments die Restitution an den Sclaven oder an den Herrn geschehen sollte und hierbei zeigt sich eine Verschiedenheit zwischen B. P. und der Restitution eines Fideicommisses. Angenommen nämlich, dem servus war die directe Erbschaft deferirt, so muß er selber die B. P. vornehmen, eben sowohl, wie die Antretung der Erbschaft seine Handlung erfordert[81]); der Herr würde auch die B. P. nicht annehmen können, da es undenkbar ist, daß er als Stellvertreter seines eignen Sclaven handle. Anders verhält es sich, wenn ihm ein Fideicommiß zu restituiren ist. Hiezu bedarf es einer Handlung des servus überall nicht, sondern das Fideicommiß begründet eine obligatio gegen den heres auf Restitution für den, welchem das Recht zu Gute kommt. Folglich kann der Herr unmittelbar den Erben zur Antretung und Restitution zwingen[82]).

81) Ein langer Besitz der Erbschaft von Seiten des Hausherrn konnte indessen die Stelle der Erwerbshandlung durch die hausunterthänige Person vertreten; L. 6. §. 3. D. *h. t.* Vgl. auch L. 4. C. *de jure deliber.* (VI. 30.)

82) S. Pothier ad h. l. tit. *ad Sct. Treb.* Nr. 42. — Ganz mißverstanden ist die Stelle von *Guil.* Best conjecturae quaedam ex jure civili cap. 3. (in

Digitized by Google

Seitdem übrigens die Form der Cretion wegfiel, hätte unbeschadet der rechtlichen Consequenz ein Erwerb der Erbschaft durch Stellvertreter eben so gut, wie die Agnition der B. P. zugelassen werden können. Zwar ist man bemüht gewesen, einen inneren Grund der Verschiedenheit nachzuweisen [83]). Die B. P. (sagt man) wird durch ein besonderes Rechtsgeschäft agnoscirt; dies kann sehr füglich von einem Stellvertreter vorgenommen und hinterher von dem Erben genehmigt werden. Die hereditatis aditio dagegen erfolgt durch die Willenserklärung des Erben; durch diese wird die Erbschaft sofort erworben, ehe sie erfolgt ist, kann von einem Erwerbe nicht die Rede seyn, folglich ist jede Handlung oder Erklärung eines Dritten hier völlig nichtssagend. — Allein auch die ohne Auftrag von einem Stellvertreter vorgenommene B. P. bleibt ja wirkungslos, wenn sie der Erbe nicht innerhalb der edictsmäßigen Frist genehmigt [84]).

Oelrichs thes. dissertat. Belgic. Vol. I. T. I. p. 216.) Er will lesen: nec in ea re consensu, *at* opera servi opus est. Den Schlußsatz versteht er von einem Fall, wo der servus eingesetzt war, die Erbschaft aber einem Dritten restituirt werden sollte. Wenn nun der Sclave die Erbschaft nicht für solvent halte und deswegen die Antretung verweigere, auch der Herr damit übereinstimme, so finde dennoch ein Zwang zur Antretung und Restitution Statt!

83) S. besonders Averanius interpr. Lib. I. c. 12. §. IV. Nr. 18. sqq.

84) L. 24. pr. D. *ratam rem haberi.* (XLVI. 8.) — Diese Genehmigung kann nicht einmal von dem Erben des Erben erfolgen, sondern sie muß von diesem selbst geschehen. L. 3. §. 7. D. *de B. P.* — „Denique, si

Digitized by Google

Auch hier knüpft sich daher am Ende Alles an den Willen dessen, welcher dadurch eigentlich erwirbt. Warum soll denn nicht auch jede andere Einmischungshandlung oder Erklärung eines Stellvertreters über die Annahme der Erbschaft durch die nachher folgende Genehmigung bestätigt werden können? Durch die Genehmigung wird der Wille, Erbe werden zu wollen, ausgedrückt und wenn man gleich jetzt erst Erbe wird, so hindert dies ja keineswegs die rückwirkende oder bestätigende Kraft der Ratihabition; sonst müßte ja auch die Regel falsch seyn: „Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successise defuncto intelligitur“ [85]).

Aber nicht nur ist die alte Regel: per procuratorem hereditas acquiri non potest, ohne rechtliche Nothwendigkeit beibehalten, es hält auch schwer, ihr praktische Realität abzugewinnen; es scheint sogar, als ob ihr Verhältniß zu anderen ebenfalls anerkannten Rechtssätzen keineswegs gehörig erwogen sey, als man jener Regel eine fernerweite Geltung zu sichern suchte, die ihr doch immer nur ein kümmerliches Daseyn fristen konnte! — Da nämlich jede deutliche und ernstlich gemeinte Willensäußerung, wodurch die Absicht an den Tag gelegt wird, die Erbschaft haben zu wollen, als hereditatis aditio gilt, so folgt von selbst, daß auch der Jemandem ertheilte Auftrag, die Erbschaftsantretung zu erklären, oder

ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competat mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus bonorum possessionis“. — L. 7. D. *ratam rem haberi* (XLVI. 8.) L. 86. pr. D. *h. t.*

85) L. 54. D. *h. t.*

Digitized by Google

Einmischungshandlungen vorzunehmen, als Erbschaftsantretung anzusehen ist. Dies wird denn auch von allen Vertheidigern der Regel unbedenklich zugegeben[86]) und überdies findet sich dafür eine, wenigstens indirecte, Bestätigung in unseren Rechtsquellen: „Si ego et servus meus, vel filius heres institutus sit, si jussero filio vel servo adire, *statim et ex mea institutione me heredem esse* Pomponius scribit[87]). Hier ist nicht etwa die Rede von dem Erwerbe einer dem servus u. s. w. angefallenen Erbschaft, wozu es außer dem jussus noch der Antretungshandlung durch die hausunterthänige Person bedurfte, sondern es war dem Hausherrn selbst die Erbschaft deferirt, zwar nur als Miterben der seiner Gewalt unterworfenen Person; indessen ist dies hier völlig gleichgiltig, da er immer ein selbstständiges Recht hat, und dies erwirbt er sofort durch den Auftrag, anzutreten[88]). Ein allgemeiner Geschäftsauftrag, oder auch nur ein allgemeiner Auftrag Erbschaften anzutreten (mandatum generale acquirendarum hereditatum) kann hier natürlich nicht genügen[89]). Allein schwerlich hielt man einen solchen Auftrag auch zur Agnition einer B. P. für genügend; d. h. auch hier hing die rechtliche Wirkung der B. P. ohne Zweifel nicht von dem Auftrag ab, sondern erst von der erfolgten Ratihabition. — Ferner, die

86) S. *H.* Donellus comment. jur. civil. L. VII. c. 9. §. 5. *Ed.* Caldera variar. lection. Lib. II. c. 1. Nr. 5. (in Meerm. thes. T. III. p. 608.) Averanius l. l. Nr. 13. u. Nr. 59.

87) L. 26. D. *h. t.*

88) Vgl. Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 223. Not. 18.

89) arg. L. 25. §. 5. D. *h. t.*

Digitized by Google

Agnition der B. P. hat die Bedeutung einer pro herede gestio[90]). Ist nun dadurch, daß die Ratihabition einer durch unbeauftragte Stellvertreter vorgenommenen bonorum possessio für zulässig erklärt wird, dasselbe nicht auch für jede pro herede gestio anerkannt? Das sollte man glauben. Dennoch dürfen wir es nicht annehmen, ohne die Regel, welche doch einmal im röm. Recht anerkannt ist, so gut wie ganz zu zerstören. — Jedenfalls wird man aber durch die obigen Erörterungen darauf vorbereitet seyn, daß die aus der Regel: durch Stellvertreter kann eine Erbschaft nicht erworben werden, abzuleitenden Resultate, nicht nur keinen rechten Halt mehr haben, sondern auch von keiner großen Bedeutung seyn können. Es dürften etwa folgende seyn:

1) Wenn ein servus oder filiusfamilias die ihm deferirte Erbschaft ohne voraufgegangenen jussus antrat, so hatte dies gar keine Wirkung, und konnte auch durch hinzutretende Ratihabition nicht zu einer rechtlich wirksamen Handlung werden. Anders verhält es sich, wenn in einem solchen Falle eine agnitio bonorum possessionis erfolgt war: „*Sed* in bonorum possessione placuit, ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subjectus est“[91]). In der voraufgehenden Stelle heißt es: die hausunterthänige Person könne dem Hausherrn nicht wider dessen Willen erbschaftliche Verpflichtungen aufbürden. Wenn nun der Jurist hinzufügt: ist indessen eine B. P. agnoscirt, so kann diese von dem Hausherrn hinterher genehmigt werden, — so liegt hierin eine sehr deutliche Aner-

90) L. 12. C. *de jure delib.*

91) L. 6. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

kennung des Unterschiedes zwischen eigentlicher Erbschaftsantretung und Agnition der B. P., — ein Unterschied, der freilich auch schon aus andern Stellen bekannt ist [92]).

2) Ein Auftrag zur Erbschaftsantretung enthält an und für sich schon eine wirksame hereditatis aditio, indem diese weiter nichts erfordert, als eine Handlung oder Erklärung, wodurch man den Willen, Erbe seyn zu wollen, an den Tag legt [93]); der Auftrag zur bonorum possessio dagegen kann bis zur Agnition immer noch wieder zurückgenommen werden, da nicht der bloße Wille, bonorum possessor zu werden, sondern die Agnition selbst erst zum bonorum possessor macht [94]). Umgekehrt verhält es sich, wenn der Stellvertreter ohne Auftrag handelt, indem zwar die agnoscirte B. P. genehmigt werden kann, nicht aber die hereditatis aditio [95]), woraus denn folgt, daß die Genehmigung nur als ein Auftrag für die Zukunft gilt, die bereits in der Vergangenheit liegenden Handlungen aber ohne Bedeutung sind [96]).

92) L. 25. §. 7. D. *h. t.* L. 65. pr. D. *ad Sct. Trebell.*

93) L. 88. D. *h. t.* „Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium" —. L. 26. D. *h. t.* S. oben Note 86. 87. u. den dazu gehörigen Text.

94) Darum erlöscht denn auch der gegebene Auftrag von selbst, wenn der Mandant vor erfolgter Agnition wahnsinnig wird oder stirbt. L. 48. D. *h. t.* S. Merillii differentiar. c. 9. und Pothier ad *h. l.* in Tit. *de bon. poss.* Nr. 11.

95) arg. L. 6. §. 1. L. 25. §. 7. D. *h. t.* et arg. L. 65. pr. D. *ad Sct. Treb.* — „ratihabitio subsequi potest, exemplo bonorum possessionis" —.

96) A. M. ist *H.* Donellus a. a. O. (Lib. VII. c. 9.)

Digitized by Google

3) Vormünder können für Unmündige eine bonorum possessio agnosciren[97]), nicht aber die hereditas erwerben[98]). Von der Modification dieses Grundsatzes durch eine Constitution von Theodos II. und Valentinians III. wird beim folgenden §. Nr. I. die Rede seyn.

4) Zur Agnition der B. P. konnte ein Auftrag der Art gegeben werden: der Mandatar solle das Sachverhältniß genau untersuchen, und hiernächst nach seinem Ermessen bestimmen, ob er die B. P. annehmen wolle, oder nicht —, „ut, si aestimaverit, peteret bonorum possessionem“[99]). Daß ein ähnlicher Auftrag auch in Beziehung auf hereditatis aditio gegeben werden könne und der darnach erfolgte Erbschaftsantritt für einen rechtlich wirksamen Act zu halten sey, ist zwar auch von einem strengen Vertheidiger der Unzulässigkeit einer Stellvertretung bei der hereditatis aditio angenommen[100]), gewiß aber ohne Consequenz. Denn in einem solchen Auftrage kann unmöglich schon eine Erbschaftsantretung enthalten seyn, diese knüpft sich vielmehr ganz offenbar an die Handlung des Stellvertreters, wenn derselbe nämlich nach über-

§. 5. a. E., weil ja der Erbe durch die Genehmigung seinen Willen Erbe zu werden zu erkennen gebe, dies aber zur Erbschaftsantretung genüge. Allein so verständig diese Ansicht auch ist, so stimmt sie doch mit den Aeußerungen der röm. Juristen nicht überein.

97) L. 11. D. *de auct. tut.* (XXVI. 8.) L. 7. §. 1. L. 11. D. *de B. P.* (XXXVII. 1.) L. 7. C. *qui admitti ad b. p. possunt.* (VI. 9.)

98) L. 5. C. *de jure delib.* — Vgl. Averanius interpr. Lib. I. c. 12. §. VI. Nr. 27. sqq.

99) L. 48. D. *h. t.*

100) Averanius l. l. Nr. 59. a. E. u. Nr. 60.

Digitized by Google

legter Sache die Annahme der Erbschaft erklärt. Indessen kann man gerne glauben, was jener Schriftsteller bezeugt: quo casu in foro a plerisque receptum est, adiri posse hereditatem per procuratorem. Ja man darf noch einen Schritt weiter gehen und behaupten, daß die Theorie des röm. Rechts schwerlich einen Anklang in der neueren Praxis finden konnte[1]); denn nicht nur ist sie von inneren Gründen so gut wie ganz entblößt, sondern auch practisch gar nicht durchzuführen. Bei den Römern, zumal zur Zeit der classischen Juristen, war denn doch die bonorum possessio von der hereditatis aditio noch formell und materiell geschieden; jetzt aber läßt sich eine Verschiedenheit mit Bestimmtheit nur in solchen Fällen erkennen, wo Jemand lediglich durch Vermittlung einer B. P. (oder der Grundsätze des prätorischen Rechts) zur Erbschaft gelangen kann, nicht aber auch, wenn er unzweifelhaft zur Erbschaft berufen und ohne obrigkeitliche Vermittlung zum Erwerb derselben befähigt ist.

§. 1492.

Voraussetzungen des Erbschaftserwerbes und Art und Weise wie derselbe erfolgt.

I. Die Möglichkeit eines Erbschaftserwerbes ist von folgenden Bedingungen abhängig: 1) es muß das Erbrecht wirklich deferirt seyn: „sed ita demum pro herede

1) Vgl. Duarenus disput. annivers. Lib. II. c. 27. und ad tit. de acquir. her. c. 4. in f. Struv. us. mod. Pand. *h. t.* §. 7. in f. Lauterbach colleg. theor. pract. *h. t.* §. 20 in f., mit deren theoretischen, d. h. aus dem röm. Recht dafür entlehnten Gründen man freilich nicht einverstanden seyn kann.

Digitized by Google

gerendo acquiret hereditatem, si jam sit ei delata“ [2]). Dazu gehört vor Allem, daß der Erblasser bereits mit Tode abgegangen sey [3]), den: viventis non datur hereditas [4]). Hiernächst muß der Delationsgrund ein giltiger [5]), auf den besondern Grund eingetreten seyn, aus welchem der Antretende die Erbschaft in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. Mithin a) muß die etwanige Bedingung der Delation eingetreten seyn [6]), woraus denn auch folgt, daß der Substitut nicht antreten darf, so lange der in dem früheren Grade eingesetzte Erbe noch nicht weggefallen ist [7]); b) um als Intestaterbe die Erbschaft erwerben zu können, muß feststehen, daß ein vorhandenes Testament wirkungslos sey [8]). — 2) Es muß

2) L. 22. §. 2. D. *h. t.*

3) L. 27. D. *h. t.* „Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cujus in bonis gerendum sit“. — L. 25. §. 6. *eod.*

4) L. 1. D. *de her. vel act. vendita.* *H.* Donellus comment. Lib. VII. c. 4. §. 5.

5) L. 22. in f. D. *h. t.*

6) arg. L. 49. §. 1. D. *de heredib. inst.* L. 17. D. *de condit. inst.* (XXVIII. 7.) L. 13. pr. u. L. 70. §. 1. D. *h. t.* — Doch erhält der Erbe vor Eintritt der Bedingung eine secundum tabulas B. P. gegen Cautionsleistung. Davon ist bereits ausführlich gehandelt Bd. 41. d. Comment. §. 1461. S. 190—210.

7) L. 3. L. 69. D. *h. t.* — Die L. 35. D. *h. t.* spricht von dem Fall, wenn der Substitut zugleich instituirt ist. S. Bd. 39. des Comment. §. 1437. S. 217. fgg. Bd. 40. §. 1448. S. 322. fg.

8) L. 39. D. *h. t.* L. 89. D. *de regul. jur.*

Digitized by Google

aber der Erbe auch die Delation kennen[9]). — L. 19. D. *h. t.* „Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem". Also (wie es in der L. 32. pr. *eod.* heißt): „Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire hereditatem non potest". Selbst ein Zweifel hierüber hindert die Erbschaftsantretung oder Ausschlagung[10]). — Hiermit sind denn noch einige andere Sätze in Verbindung zu setzen, welche, eben so wie die unmittelbar voraufgehenden, unter folgender Regel stehen: „omnia, quae animi destinatione (mit Vorbedacht und Ueberlegung) agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt"[11]). Die Erbschaftsantretung ist daher ungiltig a) wenn der Erbe zweifelt, ob der Testirer das Recht hatte ein Testament zu machen: „Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem, etsi ejus conditionis sit in veritate, ut testari possit"[12]). Dagegen schadet ein Irrthum oder Zweifel über

9) *Scip.* Gentilis Tr. *de scientia heredum.* Argentor. 1669.

10) L. 13. §. 1. D. *h. t.*

11) L. 76. D. *de regul. jur.* S. hiezu besonders *Jac.* Gothofredus in comment. ad tit. de regul. jur. opp. min. ed. Trotz p. 935. sq., wo er zeigt, daß die Regel ganz besonders unserer Lehre angehöre.

12) L. 32. §. 2. D. *h. t.* — War der Testirer in feindliche Gefangenschaft gerathen, der Erbe aber nur darüber zweifelhaft, ob derselbe in der Gefangenschaft oder als römischer Bürger gestorben sey, so konnte dieser Zweifel nicht schaden, indem in beiden Fällen der Antretung kein Hin-

Digitized by Google

die eigne Fähigkeit des Erben, die Erbschaft selbstständig anzutreten, nicht; z. B. der Erbe ist darüber ungewiß, ob er mündig oder unmündig, der väterlichen Gewalt unterworfen ist, oder nicht[13]). Von selbst versteht sich, daß der Zweifel über die Fähigkeit ungegründet seyn müsse. Auch erwarb derjenige, welcher sich irrthümlich für einen Haussohn hält und die Erbschaft auf den Befehl dessen antrat, dessen Gewalt er vermeintlich unterworfen war, dadurch weder sich noch dem, der die väterliche Gewalt ausübte[14]); natürlich aus keinem anderen Grunde, als weshalb auch ein vermeintlicher Sclave, auf den Befehl dessen, dem er diente, die Erbschaft nicht wirksam antreten konnte[15]). Es muß aber auch der Erbe b) den Delationsgrund kennen. Wenn daher der nächste Verwandte im Testament zum Erben eingesetzt ist, allein hievon nichts wissend als Intestaterbe antritt, so ist die Antretungshandlung null und nichtig[16]). Hieher gehört auch die folgende Bestimmung: „Eum qui duobus testamentis ejusdem testatoris heres scribitur, quum dubitet, num posterius falsum sit, ex neutro eorum

derniß in den Weg trat, und zwar in dem ersten nicht, wegen der bekannten fictio legis Corneliae; L. 12. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) und Bd. 39. d. Comment. §. 1433. S. 23. fgg.

13) Vgl. L. 6. §. 4. L. 34. pr. L. 74. §. 4. L. 96. D. *h. t.* Eine Erklärung dieser Stelle ist bereits im 22. Bande d. Comment. gegeben §. 1186. S. 285—295.

14) L. 36. §. 4. D. *h. t.*

15) Vgl. §. 1491. zu Note 69. 70. Vgl. auch Pothier Nr. 17. dieses Titels und mein Lehrb. der Instit. §. 52. im Text zur Note 17.

16) L. 22. L. 93. pr. D. *h. t.*

Digitized by Google

posse adire hereditatem placet“ [17]). Es finden sich also zwei Testamente von verschiedenem Datum vor; in beiden ist derselbe eingesetzt, allein er zweifelt, ob nicht das letztere ein untergeschobenes sey. Hier kann er weder aus dem ersten Testament antreten, indem dies durch ein zweites giltiges aufgehoben seyn würde, noch aus dem zweiten, dessen Richtigkeit er bezweifelt [18]). Die Stelle steht übrigens zum Theil auch in Verbindung c) mit der Regel, daß man die Rechtmäßigkeit des Delationsgrundes nicht bezweifeln darf. So wenig daher ein Erbschaftserwerb aus einem Testament möglich ist, dessen Ungiltigkeit oder Unächtheit der ernannte Erbe kennt, eben so wenig kann die Antretung wirksam seyn, wenn man hierüber Zweifel hegt, oder auch nur in Ungewißheit darüber sich befindet. Dies ist in der Regel der Fall, wenn das Testament angefochten ist; weiß der Erbe indessen mit völliger Bestimmtheit, daß die Anfechtung ungegründet sey (z. B. er selber wird mit Unrecht beschuldigt, das Testament untergeschoben zu haben), so steht einer wirksamen Erbschaftsantretung nichts im Wege: „Quum falsum testamentum diceretur, si quidem ipse heres accusaretur, quoniam certus esse debeat, se falsum non fecisse, recte adibit hereditatem; sin autem alius argueretur citra conscientiam ejus (d. h. wenn ein Anderer beschuldigt wird, ohne daß der Erbe das Gegentheil wissen kann), non potest adire, *quasi dubitet* verum esse testamentum“ [19]). Auch d) dar-

17) L. 51. pr. D. *h. t.*

18) Pothier ad h. l. tit. *de acquir. her.* Nr. 58.

19) L. 46. D. *h. t.* S. auch L. 17. pr. *eod.* L. 30. §. 8. *eod.* „Si *certus sum*, non esse falsum testamen-

Digitized by Google

über darf kein Zweifel Statt finden, ob man voluntarius oder necessarius heres sey[20]), ferner e) ob die Einsetzung unter einer Bedingung oder unbedingt geschehen ist. „Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni“[21]). Also: wer pure eingesetzt ist, aber glaubt unter einer Bedingung eingesetzt zu seyn, der kann nicht antreten und eben so wenig der, welcher bedingt eingesetzt ist und die Bedingung erfüllt, ungeachtet er glaubte pure eingesetzt zu seyn. Wer nämlich die Erbschaft antritt, in der irrigen Meinung, er sey unter einer Bedingung eingesetzt, diese aber nicht erfüllt, der nimmt eine Handlung vor, von der er weiß (oder doch wissen sollte), daß er dazu kein Recht habe. Man kann hier nicht etwa sagen: plus est in re, quam in mentis existimatione, d. h. da ein Recht wirklich vorhanden war, so schadet die irrthümliche Voraussetzung eines Hindernisses nicht[22]), vielmehr wird in Beziehung auf die Erfordernisse eines Erbschaftserwerbes die umgekehrte Regel ausdrücklich angewandt: „plus est in opinione, quam in veritate“[23]); hier also soll die Ueberzeugung, daß man rechtlich handle, mit den factischen Voraussetzungen zusammentreffen. — Für den umgekehrten Fall (wenn der bedingt Eingesetzte sich für pure

tum, vel irritum, vel ruptum, *licet dicatur esse*, possum adire hereditatem“.

20) Vgl. L. 15. 16. D. *h. t.* — Hunger röm. Erbrecht. S. 459. fg. u. das. Note 3.

21) L. 32. §. 1. D. *h. t.*

22) L. 9. §. 4. D. *de juris et facti ignorantia.* (XXII. 6.)

23) L. 15. in f. D. *h. t.*

Digitized by Google

eingesetzt hält, die Bedingung aber erfüllt) ist eine bedingende Auflage vorauszusetzen, die ihrem Zwecke und dem Willen des Testirers zufolge von dem Honorirten in der Absicht ihr zu genügen erfüllt werden muß. Eine zufällige oder unabsichtliche Erfüllung steht mithin der Nichterfüllung gleich[24]), deshalb fehlte es auch hier an dem erforderlichen Zusammentreffen der rechtlichen Ueberzeugung und der factischen Voraussetzungen[25]). Dagegen schadet der Irrthum nicht, wenn der Erbe sich für bedingt eingesetzt hält und die vermeintliche Bedingung in der Absicht, der Auflage zu genügen, erfüllt. Hier trifft zusammen das wirklich vorhandene Recht und die rechtliche Ueberzeugung; daß zum Ueberfluß noch etwas geschah, was eigentlich unnöthig war, kann dem wirklichen Recht nicht im Wege stehen[26]). Diesem gemäß entscheidet denn auch Ulpian[27]): „Sed et si, quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et impleta condi-

24) Von einem solchen Falle sagt Ulpian anderswo: ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem infestam; *nam si facto fecerit, non videtur obtemperasse conditioni*". L. 2. D. *de cond. et dem.* Vgl. mit L. 11. §. 1. *eod.* (XXXV. 1.). S. Bd. 41. d. Comment. §. 1463. S. 231. fgg.

25) So erklärt auch die Acc. Gl. *sub conditione* die Stelle. Pothier (Pand. Justin. h. t. Nr. 52.) versteht sie von einem Falle, wenn der Erbe zwar weiß, daß er unter einer Bedingung eingesetzt ist, allein nicht weiß unter welcher und er zufällig die rechte Bedingung erfüllt.

26) Denn (wie es bei Paulus sent. rec. Lib. III. Tit. 4. A. §. 10. heißt): „superflua facta prodesse juri tantum, nocere non possunt".

27) L. 34. §. 1. D. *h. t.*

Digitized by Google

tione, quam injectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire, maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit". Ulpian unterstützt mithin seine Entscheidung noch durch den Grund: daß ja diese irrthümliche Meinung für den Erben ganz unverfänglich sey[28]); und bis dahin ist Alles klar. Weniger ist es der Schlußsatz: „Facilius quis admittet, si quis pure institutus putavit se sub conditione institutum, conditionemque impletam, *quam in eventum putabat;* nam in nullo haec suspicio obfuit". Der Gedanke ist offenbar der: Noch weniger hat dies ein Bedenken, wenn der Erbe nicht einmal eine überflüssige Handlung vornimmt, sondern sich irrthümlich unter einer casuellen Bedingung eingesetzt hält und das (vermeintlich bedingende) Factum eingetreten ist. Bei in eventum muß man nämlich in Gedanken suppliren: in eventum *fortunae positam*[29]). Nicht zu verwechseln hiemit ist der Satz, daß, wenn wirklich eine Bedingung angeordnet ist, es nicht genüge, daß sie in Erfüllung gegangen sey, sondern der Erbe auch hiermit bekannt seyn müsse; denn sonst fehlt es auch hier wieder an der erforderlichen rechtlichen Ueberzeugung, da der Erbe wissen muß, daß er vor eingetretener Bedingung nicht antreten

28) S. Pothier ad h. l. (T. II. der Pariser Ausg. von 1818. p. 695. Note 6.)

29) S. die Acc. Gl. *in eventum* ad h. l. Pothier (l. l. Note 7.) will hier lesen: „Cujus in eventum si institutum putabat". Könnte man indessen auch so willkührliche Textesänderungen zulassen, so bliebe dadurch immer noch unausgedrückt, daß hier von einer zufälligen Bedingung die Rede ist.

Digitized by Google

durfte [30]). Indessen scheint damit die L. 21. §. 3. D. *h. t.* (von Ulpian) im Widerspruch zu stehen, über deren Lesart Editoren und Kritiker freilich keineswegs übereinstimmen [31]). Nach der Florentina lautet sie so: „Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quo minus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, *non ignorat:* si tamen exstitit conditio, sub qua *substitutus* est. Quid tamen, si ignorat conditionem exstitisse? Puto *posse adire hereditatem*, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit". — Haloander, und mit ihm die meisten Kritiker, lesen: sub qua *instituitus* est. Ob mit Recht? werden wir nachher sehen. Cujacius will in folgender Art emendiren: — si conditionem, sub qua — institutus est, *ignorat.* — Ferner: Puto *non* posse adire. Der Sinn wäre alsdenn: er kann antreten, wenn er die Bedingung, unter welcher er eingesetzt ist, nicht kennt, nur muß sie eingetreten seyn, und er dies auch wissen; denn weiß er

30) L. 21. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.) — Julian bemerkt hier ausdrücklich: es gelte dies nur von den wahren Bedingungen (conditiones facti), nicht von den uneigentlich so genannten, oder den rechtlichen Voraussetzungen (juris conditiones). Vgl. Endemann Spec. de implendae conditionis tempore §. 14. p. 57. sq. Bd. 41. d. Comment. S. 67. Uebrigens ist diese Unterscheidung doch nicht unbedingt richtig. S. L. 84. D. *h. t.* u. oben S. 309. fgg.

31) S. Schulting u. Smallenburg not. ad Dig. T. V. p. 180. sqq. Vgl. auch die Accursische Glosse.

Digitized by Google

es nicht, so kann er nicht antreten [32]). Dadurch wird die Entscheidung allerdings mit der L. 21. D. *de cond. et dem.* in Uebereinstimmung gebracht. Ob aber auch mit anderen in unseren Quellen anerkannten Grundsätzen? das muß sehr bezweifelt werden [33]). Vielleicht darf folgende Erklärung auf Beifall Anspruch machen; sie beseitigt zwar nicht alle Schwierigkeiten ganz vollständig, verträgt sich aber sowohl mit der Florentinischen Lesart als mit sonstigen Rechtsgrundsätzen besser, wie jede andere.— Ulpian geht von dem Satz aus: der Erbe kann wirksam antreten, wenn er gleich nicht weiß, auf welchen Theil er Anspruch zu machen habe (s. hierüber die folg. Nr. g.), d. h. die allgemein erklärte Antretung verschafft ihm den Theil, auf welchen er wirklich Anspruch zu machen hat. Hievon wird nun eine Anwendung auf den Fall gemacht, wenn Jemand zu einem Theil eingesetzt, zugleich aber seinem Miterben substituirt ist [34]). Ist der Substitutionsfall eingetreten, so gilt die Erbschaftsantre-

32) Cujacius in Tr. I. ad Africanum ad L. 46. D. *h. t.* Vgl. auch Pothier h. t. Nr. 59. Note 2. 3. T. II. p. 696.

33) Denn die Regel ist: mit der Bedingung der Erbschaftsantretung muß der Erbe bekannt seyn (Note 21). Die Modificationen beziehen sich nur auf den Fall, wenn der unbedingt eingesetzte Erbe glaubt unter einer Bedingung eingesetzt zu seyn (Note 26. 27.).

34) In der deutschen Uebersetzung (Band III. S. 146.) wird der Vordersatz mit dem Folgenden so verbunden: „Diesem giebt auch Cassius seinen Beifall, wenn anders dem Erben die Bedingung, unter welcher er eingesetzt wurde, bekannt war". Dieser Satz ist an und für sich betrachtet auch richtig. Allein ohne den Fall so aufzufassen, wie oben geschehen ist, bleibt das Ganze immer dunkel.

Digitized by Google

tung allemal für das Ganze, gesetzt auch, daß der Erbe dies nicht wußte. Den Fall selbst construirt der Jurist auf folgende Art: die Einsetzung war eine bedingte, die Substitution ebenfalls. Dies weiß der Erbe und (wie man aus dem Zusammenhange ergänzen muß) auch das ist ihm bekannt, daß die Einsetzungsbedingung eingetreten ist. Dagegen kennt er den Eintritt der Substitutions-Bedingung nicht. Das aber hindert ihn nicht, die Erbschaft anzutreten und Folgeweise dadurch das Ganze zu erwerben, gerade so, wie wenn die Substitution an keine besondere Bedingung geknüpft ist und der substituirte Miterbe beim Antritt der Erbschaft nicht weiß, daß sein Miterbe ausgeschlagen hatte; auch in diesem Fall erwirbt er nämlich das Ganze, das ja allemal mit rechtlicher Nothwendigkeit an ihn kommen würde, wenngleich der Substitutionsfall erst später eintreten sollte[35]). — Nach dieser Erklärung gehört übrigens unsere Stelle zunächst gar nicht der Frage an: inwiefern hindert die Unbekanntschaft mit der eingetretenen Bedingung den Erbschaftserwerb? sondern es wird darin ein viel allgemeinerer Grundsatz angewandt[36]). — Es schadet aber auch

g) dem Rechtsbestande der Erbschaftsantretung, wenn man sich über die Größe des deferirten Erbtheils in einem Irrthum befindet, d. h. wenn man glaubt zu einem kleineren oder größeren Theil berufen zu seyn, als der Fall ist:

35) L. 35. D. *h. t.* S. Band 40. des Comment. S. 322. fgg. vgl. mit Bd. 39. S. 217. fg. S. auch L. 76. pr. *eod.* u. Bd. 40. d. Comment. S. 323. Note 39.

36) Im wesentlichen stimmen mit dieser Erklärung überein: Merillius variant. ex Cujacio. Lib. III. c. 30. *Jac.* Gothofredus animadversion. jur. civil. c. 17. (Otto thesaur. T. III. p. 312. sqq.)

Digitized by Google

„Ex semisse Titius heres scriptus est, quadrantis *bonorum possessionem per errorem petiit;* quaero, an nihil actum sit, an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit? Respondit: magis nihil actum esse, quemadmodum quum ex semisse scriptus heres, ex quadrante per errorem *adiit hereditatem*“ [37]). Dagegen steht es einer wirksamen Erbschaftsantretung nicht im Wege, wenn man bei Vornahme derselben nur nicht weiß, zu dem wievielten Theil man Erbe werden kann [38]): Paulus ad Plautium [39]). „Quodsi forte ita institutio facta est: *quotcunque mihi nati erunt, et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto;* habebit haesitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit [40]). Sed utilius est, posse eum adire, qui

37) L. 75. D. *h. t.* (Vgl. L. 93. pr. *eod.*)

38) S. auch, außer in der folg. Note anzuführenden Stelle, die so eben (Nr. f.) erklärte L. 21. §. 3. D. *h. t.*

39) L. 5. §. 1. D. *si pars hereditatis petatur.* (V. 4.)

40) Diese Worte werden in der deutschen Uebersetzung (Bd. I. S. 609.) so übertragen: „so wie derjenige, welcher den ihm im Testament beschiedenen Antheil nicht kennt“. — Allein das *atque qui* kann hier offenbar keine comparative Bedeutung haben, indem ja in der Stelle überhaupt nur von testamentarischer Anordnung die Rede ist. Es steht vielmehr erklärend, ungefähr wie quippe qui: indem derselbe nicht weiß, welcher Theil ihm im Testament zugewandt ist. *A.* Faber hält den ganzen Satz für unächt (Dec. XLIX Err. 10.) u. Schulting in not. ad Dig. T. II. p. 137. bemerkt: „Possent abesse, sed et retineri“. Indessen Paulus

Digitized by Google

nescit portionem, si caetera, quae oportet eum scire, non ignoret". — Das Verhältniß beider Stellen zu einander ist ohne Weiteres klar: wer (sagt die erste) auf den vierten Theil der Erbschaft eine B. P. nachsucht oder die Erbschaft antritt, da er doch auf die Hälfte eingesetzt ist, indem er sich irrthümlich für einen heres ex quadrante hält[41]), der hat eine vergebliche Handlung vorgenommen. Natürlich gilt dies auch umgekehrt von dem Fall, wenn er auf einen größeren Theil sich eingesetzt glaubte und auf diesen die Antretung stellt[42]). Wer aber die Erbschaft, so wie sie ihm deferirt ist, antritt, ohne noch den Theil bestimmen zu können, zu welchem er berufen wurde, der wird jedenfalls Erbe zu dem Theil, der ihm wirklich deferirt ist[43]).

Es muß aber dem Erwerbe auch 3) kein besonderes rechtliches Hinderniß im Wege stehen. Als ein solches ist denn auch ein zu erwartender Postumus alsdann zu betrachten, wenn er entweder ein alleiniges Recht auf den

selbst zweifelt ja, ob nicht die Regel so zu fassen sey: wer seinen Erbtheil nicht kennt, der kann nicht antreten. Dieser Zweifelsgrund mußte also hervorgehoben werden.

41) Denn sonst gilt die Antretung für das Ganze; s. hierüber unten Nr. II. 2.

42) Bei oberflächlicher Ansicht der L. 75. D. *h. t.* kann man leicht zu der Meinung verleitet werden, daß der Schlußsatz so lauten müsse: quemadmodum quum ex *quadrante* scriptus heres, ex semisse per errorem adiit hereditatem. Dieser Gedanke ist auch ganz richtig, indessen will der Jurist nicht dies sagen, sondern nur, daß dasselbe auch von der hereditatis aditio gelte, was vorher von der bonorum possessio gesagt ist.

43) Vgl. Hunger Erbrecht S. 460. fg. Note 1.

Digitized by Google

Nachlaß hat[44]), oder durch seine Präterition das Testament, wodurch Andere berufen sind, rumpirt werden würde[45]). Da ein solches Hinderniß der rechtlichen Strenge nach auch den Erwerb des suus hindert, so war davon oben schon die Rede[46]); es wurde dort auch der Unterschied zwischen dem suus und extraneus bereits hervorgehoben, daß selbst eine irrthümliche Voraussetzung der Schwangerschaft dem Erbschaftserwerb des extraneus entgegensteht, dem suus dagegen nicht schadet[47]). Wenn indessen der Erbe überzeugt ist, die Frau sey nicht schwanger und es ergiebt auch der Erfolg, daß er darin nicht irrte, so ist seine Erbschaftsantretung wirksam: „Totiens — ei sua praesumtio (seine Ueberzeugung) proficit, quoties cum veritate concurrit“[48]). Hieraus folgt denn auch, daß die Frau selbst antreten kann, wenn sie sich fälschlich für schwanger ausgiebt, nicht aber, wenn sie sich irrthümlich dafür hält[49]). Läugnet sie ihre Schwangerschaft, der Erbe hält dies aber für ein bloßes Vorgeben, so kann er nicht antreten; daß nur Andere an das Vorgeben der Frau nicht glauben, hindert die Antretung nicht[50]). — Andere rechtliche Hindernisse wurden

44) L. 30. §. 1. u. 4. D. *h. t.* L. 1. §. 8. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.)

45) L. 30. pr. §. 1. 2. D. *h. t.* — Vgl. auch oben S. 319—324.

46) S. die Erklärung der L. 84. D. *h. t.*, oben §. 1487. S. 308. fgg.

47) L. 30. §. 2. 6. L. 84. D. *h. t.*

48) L. 30. §. 4. *eod.*

49) L. 30. §. 5. *eod.*

50) L. 30. §. 3. *eod.*

Digitized by Google

durch die Vorschrift des Papischen Gesetzes über die Eröffnung der Testamente, so wie durch das Senatus Silanianum begründet. Von beiden wird unter Tit. 3. und 5. dieses Buches die Rede seyn. Der auf einem Mißverständniß beruhenden (älteren) Doctrinalmeinung, daß die Erbschaft während der ersten 9 Tage nach dem Tode des Erblassers nicht angetreten werden dürfe, wurde bereits an einem anderen Orte des Commentars gedacht [51]). Das röm. Recht bestimmt nämlich nur, daß Erben, Verwandte, die Gattin und Bürgen des Verstorbenen innerhalb der ersten 9 Tage nicht durch Forderungen belästigt werden sollen, da es hart und unbillig sey, Trauernde so bald nach dem Tode des Verstorbenen zu beunruhigen [52]). Auf einem ähnlichen Grunde beruhen die Bestimmungen des Sachsenspiegels, des Schwabenspiegels und anderer deutschen Gesetze über den dreißigsten Tag [53]). Es soll nämlich bis zu diesem Tage Alles in dem Zustande bleiben, wie es beim Tode des Erblassers war [54]). Die Wittwe

51) Bd. 41. des Comment. §. 1466. S. 277. Note 2.

52) Nov. 115. c. 5. §. 1. — Die Verbindung der Bürgen mit der Trauer um den Verstorbenen läßt sich wohl nur aus dem Recht derselben, den klagenden Gläubiger an den Hauptschuldner zu verweisen, erklären.

53) Sächs. Landrecht Buch I. Art. 22. und Buch III. Art. 15. Schwabenspiegel Cap. 263. Lübsches Recht Buch II. Tit. 2. Art. 27. — *C. H.* Horn Diss. de die tricesimo. Viteb. 1695.

54) Man pflegt dies jetzt auch wohl so auszudrücken: „als wenn der Erblasser noch am Leben wäre" (Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 5. Stück. Jan. 1802. S. 70.), oder auch: es werde der Verstorbene bis zum Eintritt

Digitized by Google

oder Erben, die sich im Besitze befinden, sollen während dieser Zeit in demselben verbleiben, die Erben oder Miterben dürfen früher keinen Besitz ergreifen, oder Theilung verlangen, sondern nur Maaßregeln zu ihrer Sicherheit treffen[55]; Vermächtnißnehmer und Gläubiger dürfen nicht klagen[56], das Gesinde soll seinen Lohn bis dahin ausgezahlt erhalten u. s. w. Der Ausdruck nun: „Weiter (als Aufsicht zu haben, daß nichts von dem, so ihm zugehöret, verloren gehe) soll er keine Macht an dem Gute haben bis zu dem dreißigsten"[57] kann allerdings so gedeutet werden: früher dürfe der Erbe nicht antreten, wie denn diese Auslegung auch von Manchen angenommen wird[58]. Indessen nothwendig ist sie

des dreißigsten Tages als lebend angesehen (Haubold Lehrb. des Sächs. Privatr. §. 346.) Indessen führt dieser, durch Fassung oder Inhalt jener gesetzlichen Bestimmungen gewiß nicht gebotene, Ausdruck leicht zu Folgerungen, die sich mit dem Zweck derselben nicht vertragen.

55) Sachs. Sp. I. Art. 22. „Der Erbe darf auch wohl vor dem dreißigsten sich zu der Wittwe in das Gut begeben, und Aufsicht haben, daß nichts von dem, so ihm zugehöret, verloren gehe" —. Lübsches Recht a. a. O. „— so mögen die nächsten Erben — wohl zu der Wittwen in das Haus fahren, binnen dem dreißigsten Tage, auf daß sie zu dem Gute mitfahre, das ihnen und ihren Erben anfallen möchte" u. s. w.

56) Darüber enthalten zwar die Gesetze buchstäblich nichts, doch folgern es die Ausleger mit Recht aus dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung.

57) Struve Synt. jur. civil. Exerc. XXXIV. §. 29. Leyser medit. ad Pand. Sp. 370. m. 1.

58) Sachs. Sp. a. a. O. Im Lübschen Recht heißt es:

Digitized by Google

gewiß nicht; auch darf aus dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung nur gefolgert werden, daß der Erbe sich nicht in Besitz setzen, wider Willen des Besitzers auch nicht auf Theilung provoziren darf, keineswegs aber, daß er an der Erbschaftsantretung gehindert werde, welche ja durch eine einfache Erklärung erfolgen kann. Damit stimmen denn auch die meisten Juristen überein[59].

4) Ein weiteres wesentliches Erforderniß einer gültigen Erbschaftsantretung, nämlich Erbfähigkeit zur Zeit des Erwerbs[60], ist ebenfalls schon in einem anderen Zusammenhange zur Sprache gebracht, und es darf darauf hier ganz verwiesen werden[61]. Von besonderer Wichtigkeit erscheint aber noch

5) das Erforderniß der vollen Willensfähigkeit und rechtlichen Selbstständigkeit des antretenden Erben; nicht nur um für sich Rechte erwerben, sondern hauptsächlich um sich mit Verbindlichkeiten belasten zu können. Aus

„sonsten aber sollen sie an dem Gute keine Macht haben, bis so lange sie theilen werden".

59) Horn diss. cit. Lauterbach colleg. theor. pract. h. t. §. 29. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 10. in f. Heineccius elem. jur. Germ. Lib. II. §. 308. Nr. V. u. §. 313. *G. M.* Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. §. 6. in f. (T. II. p. 724.) Hufeland a. a. O. S. 68. fgg. (Nr. 3.) Haubold a. a. O. Vgl. Emminghaus über die Erwerbung der Erbschaft und ihre Folgen nach gemeinem Sachsenrechte u. s. w. im Archiv für civ. Pr. Bd. XXIV. Abh. 2. S. 42. a. E. (Nr. II. B.)

60) L. 49. §. 1. D. *de hered. inst.* „Hoc amplius et quum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamentifactio". (Vgl. auch §. 4. J. *h. t.*)

61) Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 121. fgg.

Digitized by Google

diesem Grunde können Wahnsinnige, Unmündige und Minderjährige, ferner unter väterlicher Gewalt stehende Personen entweder überall nicht oder doch durch ihre alleinigen Handlungen nicht Erbschaften mittelst Antretung[62]) erwerben. Taubstumme können durch pro herede gestio selbstständig erwerben[63]), falls sie nämlich ein vollkommenes Bewußtseyn dessen haben, warum es sich handelt[64]). Stehen sie übrigens unter Curatel[65]), so erfordert wohl

62) Denn ein Erwerb, welcher ipso jure erfolgt, wird dadurch nicht gehindert. S. §. 3. J. *de heredit. quae ab int. defer.* L. 63. D. *h. t.* L. 7. §. 2. C. *de cur. furiosi.* (V. 70.) — S. hierüber oben §. 1487.

63) L. 5. pr. D. *h. t.* „Mutum, nec non surdum, *etiam ita natos*, pro herede gerere et obligari hereditati posse, constat". Vgl. L. 93. §. 2. D. *eod.* „Mutus servus jussu domini pro herede gerendo obligat dominum hereditati". Nimmt man an, daß homines alieni juris zur Zeit des classischen Pandektenrechts nur durch cretio antreten konnte (s. oben §. 1491. Note 58. S. 398. fg.), so muß man den Fall, wenn der zum Erben eingesetzte servus oder filiusfamilias zur cretio nicht fähig war, als Ausnahmen gelten lassen.

64) §. ult. J. *h. t.* — „si tamen intelligit, quod agitur". L. 65. §. 2. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.) — So konnte auch ein taubstummer paterfamilias die seinen Hauskindern oder Sclaven deferirten Erbschaften erwerben, wenn er nur im Stande war, den jussus zu ertheilen — „ut, si intellectu non careat, nutu jubere possit, adiri hereditatem — —, quod (et) facile explicari possit scientia literarum". L. 93. §. 1. *eod.*

65) Nach dem Buchstaben des §. fin. J. *de curatorib.* sollte man glauben, daß dies stets der Fall gewesen sey.

Digitized by Google

die Consequenz, die Antretung nicht ohne Zustimmung des Curators geschehen zu lassen, indem der Zweck der Curatel kein anderer seyn kann, als, sie gegen die Nachtheile eigner Geschäftshandlungen zu schützen. — Unter derselben Modification muß denn auch Ulpians Aeußerung verstanden werden: „Cum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat“ [66]). Es ist nämlich ausdrücklich anerkannt, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender sich nicht selbstständig verpflichten könne [67]). Hieraus folgt von selbst, daß er auch durch seine alleinige Handlung keine Erbschaft annehmen dürfe; denn: „hereditas, quia obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est“ [68]). Ulpian will also ohne Zweifel nicht sagen: der Prodigus könne selbstständig Erbschaften erwerben, sondern nur den Unterschied hervorheben, der sich in dieser Hinsicht zwischen dem prodigus und dem furiosus findet, mit welchem jener sonst zusammengestellt wird [69]): Handlungen des furiosus haben gar keine Bedeutung, der prodigus aber kann doch wenigstens consensu curatoris (wie der Pupill tutore auctore) handeln [70]). — Eine besondere Erwäh-

Indessen entschied hierüber wohl die Individualität der Person; L. 8. §. 3. D. *de tutorib. et curatorib. dat.* (XXVI. 5.)

66) L. 5. §. 1. D. *h. t.*

67) L. 7. D. *de verb. obl.* (XLV. 1.)

68) L. 8. pr. D. *h. t.*

69) Ulp. Fragm. Tit. XII. §. 2. L. 40. D. *de regul. jur.*

70) arg. L. 5. D. *de reg. jur.* — Sehr gründlich ist die im Text vorgetragene Meinung (gegen *Henr.* Sueri-

Digitized by Google

nung verdient aber das Erwerbsrecht der zuerst genannten Personen (der Wahnsinnigen, Unmündigen u. s. w.). Unter den römischen Juristen war hier Manches streitig und durch die Constitutionen wurde es zum Theil auf ganz eigenthümliche Weise bestimmt. — Betrachten wir

a) zuerst den Fall, wenn einem impubes sui juris die Erbschaft deferirt ist. Hier war nach dem Recht der Pandekten ausgemacht, daß der Vormund die *hereditas* für seinen Pflegbefohlnen nicht erwerben könne (§. 1491.), eben so aber, daß dieser tutore auctore erwerben dürfe[71]). Beide Sätze werden auch durch ein Rescript aus dem J. 257 bestätigt[72]): „Potuit pupillus pro herede *tutore auctore* gerendo consequi successionem, *sed ipsius actus fuit necessarius.* Nam *si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere*". Freilich aber setzte dies voraus, daß der Unmündige bereits infantia major war, denn die Handlungen eines infans sind meistens wie die eines furiosus zu betrachten, also können sie auch durch tutoris auctoritas keine Wirkung erhalten[73]). „Pupillus

nus repet. lection. civil. c. 41. bei Otto thes. T. IV. p. 86.) von *B. H.* Reinold variorum ad jus civile pertin. lib. singul. c. 1. vertheidigt. S. auch Voet ad Pand. h. t. §. 9. und Pothier ad L. 5. §. 1. *h. t.* Nr. 32.

71) L. 9. D. *h. t.* L. 9. D. *de tutorib. dat.* (XXVI. 5.) L. 9. §. 3. D. *de auct. tutor.* (XXVI. 8.) L. 17. §. 1. D. *de appellationib.* (XLIX. 1.) Vgl. überhaupt von Löhr in seinem u. Grolmans Magaz. Bd. III. S. 56. fgg. (Nr. 9.)

72) L. 5. C. *de jure deliberandi.*

73) L. 209. D. *de verb. sign.*

Digitized by Google

si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire hujusmodi aetatis puer, neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest“ [74]). Durch die in Parentheſe eingeſchloſſenen Worte deutet Paulus allerdings wohl an, es ſey doch am Ende nur eine leidige Conſequenz, einem Unmündigen, der von dem Geſchäft ſelbſt keine deutlicheren Begriffe habe, wie ein Wahnſinniger, Handlungsfähigkeit zuzugeſtehen, einem anderen aber ſie abzuſprechen, blos weil er die ſieben Jahre der infantia noch nicht zurückgelegt habe; doch erkennt er die Regel ſehr beſtimmt an. Ein anderer Juriſt dagegen (Mäcianus) giebt zu erkennen, daß der infans unter Autorität des Tutor eine pro herede gestio allerdings wohl vornehmen dürfe [75]). Freilich geſchieht dies nur gelegentlich der Beantwortung der Frage: ob einem infans eine fideicommiſſariſche Erbſchaft reſtituirt werden könne? Daß der Vormund allein weder die Reſtitution annehmen, noch reſtituiren könne, war wenigſtens als Regel anerkannt [76]).

74) L. 9. D. *h. t.*

75) L. 65. §. 3. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) — Vgl. v. Savigny Syſtem des heut. röm. Rechts. Bd. III., der übrigens (wohl nur durch ein Verſehen) auch dieſe Stelle dem Paulus zuſchreibt.

76) L. 37. §. 1. 2. D. *ad Sct. Treb.* Hier wird geſagt: der Pupill müſſe ſelber unter der Autorität des Tutor reſtituiren, nur wenn er noch infans ſey, könne der Vormund es allein thun. Dem Pupillen dürfe ohne Zuſtimmung des Vormundes nicht reſtituirt werden. In der L. 39. *eod.* fährt der Juriſt fort: „Sed nec ipsi

Digitized by Google

Der Grund lag hier nicht in der civilrechtlichen Nothwendigkeit eigner Handlung[77]), er darf also nur in der Gefährlichkeit solcher Geschäfte gesucht werden. Wie nun diese Gefährlichkeit dadurch abgewendet, oder auch nur vermindert werden konnte, daß ein einsichtsloses Kind handelte und der Tutor seine Autoritas gab, ist schwer zu begreifen; indessen entscheidet Mäcian die obige Frage dahin: die Erbschaft könne dem Kinde selbst tutore auctore restituirt werden[78]). Ein Grund dafür wird nun davon hergenommen, daß auch die s. g. directe Erbschaft dem infans erworben werden könne: „Sed et *infanti* tutori *indistincte* restitui potest"; also ihm allein soll nicht restituirt werden. Das indistincte deutet darauf hin, daß unter Umständen dies dennoch geschehen dürfe. Nach Justinians Anordnung (L. 7. pr. C. *ad Sct. Trebell.* VI. 49.) nun kann in dem Fall die Restitution an den Vormund erfolgen, wenn der Pupill noch infans ist. Da eine andere Ausnahme nicht bekannt ist, so weist darauf ohne Zweifel auch die L. 39. cit. hin, und das indistincte beruht wohl auf einer Interpolation. (Schriftsteller für und gegen diese Behauptung finden sich bei Smallenburg in not. ad Dig. T. V. p. 599. Note 1. in f.) Dafür spricht insonderheit auch der Umstand, daß Mäcian (in der L. 65. §. 3. eod.) die eigne Handlung des pupillus infans erfordert. S. Note 78.

77) L. 11. §. 2. L. 40. §. 2. L. 65. pr. L. 66. §. 1. D. *ad Sct. Trebell.* S. auch die folg. Note.

78) L. 65. §. 3. D. *ad Sct. Treb.* „Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit — —, et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas, siquidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem".

Digitized by Google

non dubito omnimodo subveniendum, idque ex similitudine juris civilis vel honorarii constituendum est; sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione agitaretur, peti ei per tutorem potest" —[79]). Zweifelhaft blieb es übrigens wohl bis auf die (weiter unten zu erwähnende) Constitution des Kaisers Valentinian, ob überall vor vollendetem siebenten Jahre eine hereditatis aditio möglich sey? Selbst das bezweifelte man, ob der Vormund eine Bonorum possessio für den Pflegbefohlnen agnosciren dürfe[80]), wenngleich in die Compilation nur solche Stellen aufgenommen sind, welche die Agnition zulassen[81]). — Eine Constitution von Valentinian III.[82]) macht den bisherigen Zweifeln über den Erwerb, einer unmündigen Personen angefallenen Erbschaft ein Ende. Nachdem zuvörderst von einem der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinde die Rede gewesen ist (Pr. und §. 1.), fährt der Kaiser (§. 2.) so fort:

79) L. 65. §. 3. in f. D. *ad Sct. Trebell.*

80) S. von Löhr a. a. O. S. 59. fg.

81) L. 7. §. 1. L. 8. L. 11. D. *de B. P.* L. 11. D. *de auctor. tut.* (XXVI. 8.) L. 3. 7. C. *qui admitti ad B. P. poss.* (VI. 9.) Aus der letzten Stelle ergiebt sich, daß der Pupill auch allenfalls ohne tutoris auctoritas die B. P. wirksam nachsuchen konnte, wenn der mit dem Sachverhältniß bekannte Richter sie ihm gebe, (also die fehlende auctoritas durch seinen Consens gewissermassen ersetze).

82) L. 18. C. *de jure deliberandi.* — Sie hat die Ueberschrift: Impp. Theodosius et Valentinianus, ist aber von Ravenna datirt.

Digitized by Google

„Parente vero non subsistente, si quidem post ejus obitum tutor infanti sit vel datus fuerit, *posse eum, etiam adhuc infante pupillo constituto, ejus nomine adire hereditatem*, sive vivo parente sive post mortem ejus ad eum devolutam, vel bonorum possessionem petere et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere". Während der infantia kann also der Tutor die Erbschaft Namens des Pupillen erwerben, geschehe es durch hereditatis aditio oder bonorum possessio. Hiernächst wird (im §. 3.) bestimmt: wenn das Kind keinen Vormund habe oder dieser die Erbschaftsantretung versäume, so solle es so angesehen werden, als ob die Erbschaft dem Kinde nie deferirt wäre, dieselbe mithin an diejenigen Personen kommen, welche ohne Dazwischenkunft des Pupillen, die nächsten dazu gewesen seyn würden. Von selbst versteht sich übrigens hierbei, daß die Frage: wer ist der nächste Intestaterbe? nicht nach der Todeszeit des Erblassers, sondern nach der des Pupillen zu bestimmen ist. Denn ist gleich hier von des Pupillen Erbschaft nicht die Rede, so muß doch die Nähe allemal nach der Zeit bestimmt werden, zu welcher ein früher berufener Erbe weggefallen ist[83]). Es kann aber auch der Intestaterbe des Verstorbenen durch den Erben des Pupillen ausgeschlossen werden, so lange nämlich die Zeit noch nicht verflossen ist, binnen welcher von der s. g. transmissio Justinianea Gebrauch gemacht werden darf[84]). — In dem

83) L. 2. §. 6. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.) §. 7. J. *de heredit. quae ab int. defer.* §. 6. J. *de legit. agnat. succ.*

84) Vgl. L. 19. C. *de jure deliberandi* u. Nov. 158. M. s. was darüber bereits im 41. Bande des Commen-

Digitized by Google

§. 4. der Constitution [85]) ist die Rede von einem s. g. infantia major; („si autem septem annos aetatis pupillus excesserit" u. s. w.). Darin (erklärt das Gesetz) solle von dem bisherigen Recht nichts geändert werden; es sey mithin kein Zweifel vorhanden, daß der Pupill selber die Erbschaft antreten oder die B. P. erbitten könne, entweder unter Autorität des Tutor, oder wenn er keinen Tutor habe, durch Vermittlung eines prätorischen Decrets („vel si non habeat tutorem, adire Praetorem et ejus decreto hoc jus consequi"). Darüber, ob der Tutor allein die B. P. annehmen könne, findet sich in dem Gesetze nichts bestimmt; da aber der Kaiser auf das frühere Recht verweist und die oben angeführten Pandektenstellen die Frage bejahen, so fällt ein weiterer Zweifel hierüber weg. Durch eine Verordnung Justinians ist dies Gesetz dahin vervollständigt, daß der Tutor für einen pupillus infans auch ein Erbschaftsfideicommiß annehmen dürfe [86]). Im Uebrigen ist es also auch hier bei dem früher gegoltenen Recht geblieben.

tars §. 1467. S. 320—322. gesagt wurde. Doch wird dieser Gegenstand unten beim §. 1496. wieder zur Sprache gebracht werden müssen, da neuerdings über den Anfang dieser Transmissionszeit wieder eine abweichende Ansicht vorgetragen ist. S. v. Vangerow im Arch. für civilist. Pr. Bd. 24. S. 193. fg.

85) Die Schlußbemerkung des §. 3. ist hier zu übergehen, da sie zu den das Recht des Vaters betreffenden Bestimmungen unseres Gesetzes gehört. S. unten Note 5. dieses §. S. 444.

86) L. 7. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (VI. 49.) Vgl. oben Note 76.

Digitized by Google

Gilt dies Recht nun auch für den Minderjährigen, der unter Curatel steht? Daß nach röm. Recht der Curator keine Erbschaft antreten, wohl aber eine Bonorum possessio agnosciren durfte, ist außer Zweifel [87]). Auch das darf nicht bezweifelt werden, daß eine Vermittlung der Erbschaftsantretung durch ein Decret der Obervormundschaft jedenfalls die Stelle der Genehmigung des Curator vertreten kann. Es fragt sich nur: ob der Minderjährige allein antreten dürfe, oder ob dazu nicht vormundschaftlicher (oder obervormundschaftlicher) Consens erforderlich sey? Gewöhnlich wird dies bejaht, ja als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, indem man kaum Gründe dafür anführt [88]). Doch erklären sich auch Manche für das Recht des bevormundeten minor zur selbstständigen Antretung einer Erbschaft [89]). Es war hievon schon oben die Rede, bei Gelegenheit der Frage: ob ein unter Curatel stehender minor, welcher als suus heres sich immiscirt hat, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen bedürfe? (S. §. 1488. S. 336. fgg.). Es wurde daselbst die Ansicht vertheidigt,

87) arg. L. 90. pr. D. *h. t.* u. L. 3. §. 7. D. *de B. P.* Vgl. auch oben §. 1491.

88) S. *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VII. c. 9. §. 7. Struve Synt. jur. civil. Exerc. XXXIV. §. 25. Höpfner Comment. §. 543. Nr. 4. Hopacker princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1444. Nr. III. 2. Günther princ. jur. Rom. priv. noviss. §. 832. Nr. II. 4.

89) So *Henr.* Suerin repet. lection. civil. c. 41. (Otto thesaur. T. IV. p. 86.) — Von Neueren besonders Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 420. fg.

Digitized by Google

daß die obligatorischen Handlungen eines Minderjährigen ohne Zustimmung seines Curator kein größeres Gewicht haben könnten, als die selbstständigen Handlungen eines Pupillen, woraus denn von selbst folgt, daß ein Minderjähriger auch zur selbstständigen Antretung von Erbschaften nicht befähigt sey. Dafür spricht, außer der dafür bereits angeführten Aeußerung in der L. 26. C. *de administr. tut.* auch die in einer anderen Constitution Justinians enthaltene Bestimmung: wenn einem minderjährigen Haussohn eine Erbschaft anfalle und der Vater wolle zum Erwerb derselben seine Zustimmung nicht ertheilen, so könne der Sohn sich vom competenten Richter einen Curator zu dem Ende erbitten[90]). Marezoll legt viel Gewicht darauf, daß sich ausdrückliche Bestimmungen über die Nothwendigkeit eines solchen Consenses in unseren Quellen nicht finden[91]). Indessen erklärt sich dies ziemlich einfach daraus, daß die cura minorum perpetua bei den Römern nicht nothwendig war, vielleicht auch zur Zeit der classischen Jurisprudenz eben nicht sehr häufig seyn mochte. Hieraus läßt sich denn auch ein Rescript der KK. Diocletian und Maximian[92]) erklären („Puberem agnoscentem bonorum possessionem — pro herede gerere non videtur"), worin allerdings wohl vorausgesetzt wird, daß der Minderjährige allein gehandelt hatte. Vielleicht könnte man sich noch darauf berufen, daß ein Minderjähriger selbstständig seinem Curator ein Erbschaftsfideicommiß restituiren darf, nicht aber der Pupill seinem Tutor[93]). Als

90) L. 8. §. 1. in f. C. *de bonis quae liberis* (VI. 61.)
91) a. a. O. S. 420.
92) L. 12. C. *de jure deliber.*
93) L. 1. §. 13. 14. D. *ad Sct. Trebell.*

Digitized by Google

Grund für Letzteres wird jedoch angegeben: quia in rem suam auctor esse non potest (tutor), als Grund für Ersteres: quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem. Es verhält sich damit also auf die Weise: die Restitution eines Fideicommisses ist keine obligirende Handlung, da schon das Gesetz den Restituenten gesichert hat [94]). Ein Unmündiger kann aber kein Rechtsgeschäft ohne tutoris auctoritas vornehmen, ausgenommen ein solches, wodurch er schlechthin nur erwirbt [95]). Es mußte mithin für diesen Zweck ein besonderer Vormund ernannt werden [96]); denn sonst hätte ja der Tutor, dessen auctoritatis interpositio mit der Handlung des Pupillen als eine und dasselbe unzertrennliche Geschäftshandlung erscheint, an sich selber restituiren müssen, dies aber ging natürlich nicht an [97]). — Allerdings hat es seine Richtigkeit, daß dem unter Curatel stehenden Minor eine selbstständigere Persönlichkeit zugeschrieben wurde, wie dem Pupillen, und daß man jenen bisweilen an die Restitution verwies, wo für diesen das Geschäft schon ipso jure null und nichtig war. Allein bei einer Handlung, welche geradezu das Vermögen obligirte, wie die Uebernahme von Erbschaften, wird man doch wahrscheinlich nach dem Grundsatze entschieden haben, den Justinian bei einer anderen Gelegenheit

94) §. 4. §. 6. in f. J. *de fideicommissar. hered.* Vgl. L. 7. pr. C. *ad Sct. Trebell.*

95) Pr. J. L. 9. pr. D. *de auct. tut.* Vgl. mit §. 1. J. L. 9. §. 3. *eod.* und L. 8. pr. D. *h. t.*

96) §. 3. J. *de auct. tut.*

97) Vgl. mein Lehrb. der Institt. des röm. Rechts §. 82. S. 119. gegen das Ende u. S. 120. §. 86. S. 125.

Digitized by Google

ausspricht: „melius est intacta eorum (minorum) jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere“ [98]). Jedenfalls ist als gewiß anzunehmen, daß heut zu Tage, wo der Unterschied zwischen tutela impuberum und cura minorum practisch bei weitem geringer ist, wie bei den Römern [99]), so entschieden werden muß. — Ueberhaupt aber kommen die im römischen Recht festgestellten Altersstufen nicht mehr zur Anwendung, wenn zur Frage steht: wann eine bevormundete Person allein zu handeln befugt sey, und wann sie gemeinschaftlich mit dem Vormund handeln oder dieser allein ein Geschäft vornehmen könne [100]). Und was insonderheit die Frage anbetrifft, ob ein Vormund für seinen Pflegbefohlnen Erbschaften antreten kann? so wird diese häufig bejaht, ohne weiter zwischen infantes, impuberes und puberes zu unterscheiden [1]); gegen die daraus etwa entstandenen Nachtheile würde alsdann der Pflegbefohlne theils durch das Rechtsmittel der Wieder-

98) L. ult. C. *in quib. caus. in integr. restitutio necessaria non est.* (II. 41.)

99) S. meine Pand. §. 577. a. E. Vgl. v. Savigny System des heut. Rechts. Bd. III. §. 111. S. 82. a. E.

100) Meine Pand. §. 592. a. E. v. Savigny a. a. O. S. 81. a. E.

1) Für die Niederlande wird eine deshalb bestehende feste Praxis bezeugt von Voet ad Pand. h. t. und die daselbst angef. Schr. Im Wesentlichen stimmt auch mit dem obigen Satz überein Cropp in seinen und Heise's juristi. Abhandl. Bd. II. S. 167. fg. S. auch die das. Note 57. angef. Particularrechte. — Vgl. übrigens C. L. Runde patriot. Phantasieen eines Juristen (Oldenb. 1836.) S. 209.

Digitized by Google

einsetzung in den vorigen Stand, theils durch das judicium tutelae geschützt seyn[2]). Es läßt sich aber dies auch schon aus dem römischen Recht deduziren. Dieses Recht erklärt nämlich die Agnitio einer Bonorum possessio durch den Vormund für zulässig; nun aber kann die Agnition einer B. P. (wenn sie nicht besonderer Zwecke halber, namentlich als bloße provisionelle B. P.) nachgesucht wird, von der Erbschaftsantretung jetzt nicht unterschieden werden. (S. §. 1491.) — Uebrigens pflegen neuere Particularrechte besondere Vorschriften über die Annahme von Erbschaften durch Vormünder zu enthalten[3]).

b) Die Constitution von Valentinian (L. 18. C. *de jure delib.*) hat auch die den Kindern in väterlicher Gewalt angefallenen Erbschaften zum Gegenstande. — Allmählig änderte sich nämlich das Erwerbsrecht des Vaters durch die seiner Gewalt unterworfenen Kinder, es bedurfte daher neuer gesetzlicher Bestimmungen, Statt der früheren, wonach die einem Hauskinde angefallenen Erbschaften jussu patris, wie die einem Sclaven angefallenen jussu domini dem Gewaltinhaber erworben wurden. Durch die angeführte Constitution erfolgten diese in ähnlicher Art, wie für einen pupillus sui juris; (für den infans erwirbt der Vater[4]), später das Kind

2) L. 11. D. *de auctor. tut.* (XXVI. 8.) L. 11. D. *de Bon. poss.* (XXXVII. 1.)

3) S. Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 18. §. 643. 644. und Anhang §. 165. Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterr. Monarchie §. 233.

4) In dem Pr. der Stelle heißt es: „Si infanti — — hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, *vel aliis quibuscunque*

Digitized by Google

ſelber, unter Zuſtimmung des Vaters). Doch das Beſondere findet ſich hier, daß der Vater für ſich ſelber erwerben kann, wenn das Kind ſtirbt, ehe es 7. Jahre alt geworden iſt [5]). Durch Conſtitutionen Juſtinians

personis, licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere". Da, ſoviel wir wiſſen, zur Zeit von Theodos und Valentinian III. der eigne Erwerb eines Hauskindes ſich auf bona materna und materni generis regelmäßig beſchränkte, ſo ſind die durch den Druck ausgezeichneten Worte wohl für interpolirt zu halten. — Die Vorſchrift über das Zuſtimmungsrecht des Vaters, wenn das Kind infantia major iſt, finden ſich in Verbindung mit der den Vormund betreffenden im §. 4. des Geſetzes.

5) L. 18. cit. §. 1. Im §. 2. folgt die oben erwähnte Beſtimmung, daß Vormünder für den pupillus infans erwerben können; und am Schluß von §. 3. heißt es: „Ea vero, quae de infante, in potestate parentium constituto statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur". Daß dadurch dem Vormunde nicht das Recht eingeräumt ſeyn ſoll, wie dem Vater, wenn das Kind vor dem Erwerb ſtirbt, für ſich ſelber zu erwerben, bedarf wohl keiner Erinnerung. Einige Ausleger meinen, daß die Worte eben nur den bereits im §. 2. beſtimmten Satz ausdrücken: der Vormund kann für den pupillus infans erwerben; (Weſtphal von Vorlegung u. Eröffnung der Teſtamente §. 273.). Aller Wahrſcheinlichkeit nach aber bezieht ſich die Stelle überall nicht auf das Recht der Vormünder, ſondern auf die ſ. g. transmissio ex jure patrio, welche hiernach auch den Vätern an den Erbſchaften zugeſtanden wird, die den Kindern anfallen, welche ſich nicht mehr in väterlicher Gewalt befinden. S. Bd. 39. d. Comment. S. 232. Note 49.

Digitized by Google

wurde das Erwerbsrecht der Kinder erweitert, allein auch dem Vater noch mehr Rechte zugestanden, wie durch das Valentinianische Gesetz: wenn das Kind die Erbschaft nicht haben will, kann der Vater sie für sich erwerben und auch für den impubes infantia major kann er ohne dessen Zustimmung antreten, mit Vorbehalt jedoch der Restitution des Kindes gegen einen unvortheilhaften Erbschaftserwerb [6]). Von diesem Allen und damit zusammenhängenden Lehren, namentlich denn auch von der practischen Bedeutung, welche die Pandektenstellen, wonach der Hausſohn nur jussu patris antreten kann, jetzt noch haben können, ist schon an einem anderen Orte des Commentars ausführlich gehandelt, und es wird eine Verweisung hierauf genügen [7]).

c) Wenden wir uns jetzt zu dem Erbschafts-Erwerbungsrecht eines Wahnsinnigen [8]). — Da Wahnsinnige Eigenthumsrecht und das Recht der väterlichen Gewalt

6) Vgl. L. 6. u. 8. C. *de bon. quae lib.* (VI. 61.)

7) Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 230—241. (daselbst S. 240. Note 44. muß es heißen: c. 8. pr. C. u. s. w., u. dazu: Marezoll Zeitschr. Bd. VIII. S. 100. fg.) Vgl. hiemit noch Hunger Erbrecht §. 145.

8) *Car. Herm.* Faehse (Praes. *G. B.* Becmann) Diss. de adquisitione hereditatis dementi delatae. Goett. 1772. *Car. G. C.* Rotermund de successione furioso delata. Goett. 1825. Dem harten Urtheil Wächters über die letztgenannte Schrift (in der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft. Bd. II. S. 177—181.) muß man allerdings beipflichten; sie enthält kaum etwas anderes, als einen dürftigen Auszug aus der Frehseschen oder Becmannschen Dissertation.

Digitized by Google

haben können[9]), so war für sie die Erwerbung der ihren hausunterthänigen Personen angefallenen Erbschaften so gut möglich, wie für Andere[10]), denn der zur Antretung erforderliche jussus konnte auch von ihrem Curator ausgehen[11]). In Betreff der ihnen selbst deferirten Erbschaften konnte aber eine eigentliche hereditatis aditio überall nicht erfolgen, indem dazu die eigne Handlung des Erben nöthig war[12]). Die bonorum possessio konnte dagegen vom curator furiosi agnoscirt werden[13]).

9) L. 20. D. *de statu homin.* (I. 5.) L. 8. D. *de his, qui sui vel alieni juris sunt.* (I. 6.)

10) L. 8. §. 1. D. *de his, qui sui vel al. jur.* L. 63. in f. D. *h. t.* — Doch ließ man auch geschehen, daß Kinder eines Wahnsinnigen die ihnen angefallenen Erbschaften selbstständig antreten. L. 52. pr. D. *h. t.* Vgl. Bd. 39. d. Comment. S. 230. Die Frage: ob in diesem Fall dennoch dem wahnsinnigen Vater oder dem Sohne selbst erworben wurde? (Frehse diss. laud. §. 16.) hat durch das Constitutionenrecht ihr practisches Interesse verloren. Vgl. Nr. b.

11) Frehse Diss. cit. §. 15. in f. p. 39.

12) Vgl. oben §. 1491. S. 398. fg. und den Anfang dieser Nummer (5.). Nach Justinians Relation (in L. 7. §. 3. C. *de cur. fur.*) muß man freilich annehmen, daß auch hierüber gezweifelt worden sey.

13) Daß darüber gezweifelt wurde, ergiebt sich besonders aus der L. 7. (fin.) §. 3. C. *de cur. fur.* (V. 70.) Die L. 1. D. *de b. p. furioso, infanti rel. competente* (XXXVII. 3.), worin v. Löhr (Magaz. Bd. III. S. 60.) ebenfalls eine Hinweisung auf eine hierüber Statt gefundene Controverse findet, sagt nur, daß einem furiosus und infans die Fristen der B. P. nicht laufen, was freilich ebenfalls bestritten war. Vgl. unten Note 15.

Digitized by Google

„Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, *expediendarum rerum gratia* et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve judicio tenebuntur“ [14]). Mit dieser Stelle sind freilich andere Quellenäußerungen schwerlich zu vereinigen. Hier ist dem Vormund auch die Repudiation gestattet, anderswo heißt es dagegen ausdrücklich: es könne weder der Tutor eines Unmündigen, noch der Curator eines Furiosus die B. P. repudiiren [15]). Sodann wird in mehreren Stellen bezeugt, daß die B. P. für den furiosus eines Decrets bedurfte, mithin nur nach vorgängiger causae cognitio gegeben wurde [16]). Da nun aber die decretalis B. P. überhaupt nicht repudiirt werden kann [17]),

14) L. 11. D. *de auctor. tut.* (XXVI. 8.)

15) L. 8. D. *de B. P.* „Tutor bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest, quia tutori petere permissum est, non autem repudiare“. — L. 1. §. 4. 5. D. *de successor. edicto.* (XXXVIII. 9.) s. Note 17.

16) L. 2. § 11. in f. D. *Sct. Tertull.* (XXXVIII. 17.) L. ult. §. 3. C. *de cur. fur.* und die in der folg. Note anzuführenden Stellen.

17) L. 1. §. 7. D. *de successor. ed.* „Decretalis b. p. an repudiari possit? videamus. Et quidem diebus finiri potest (d. h. die Nachsuchung derselben ist ebenfalls an die bestimmten Fristen gebunden); sed repudiari eam non posse verius est, quia nondum delata est, nisi quum fuerit decreta (indem die Delation noch von dem Ausgange der causae cognitio abhängt); rursum, posteaquam decreta est, sera

Digitized by Google

so war der Verfasser obiger Stelle (Gajus) unzweifelhaft der Meinung, daß es eines Decrets nicht bedürfe. Es ist klar, daß die römischen Juristen hierüber nicht einig waren; zugleich aber offenbart sich hier, wie in einigen damit in Verbindung stehenden Lehren, eine so große Nachlässigkeit der Redaction, daß man wohl auf eine Vereinigung der aufgenommenen Stellen wird verzichten müssen[18]). Uebrigens ist mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Praxis ein Decret für nöthig hielt; da nämlich der Furiosus, so lange der Wahnsinn dauerte,

repudiatio est, quia, quod acquisitum est, repudiari non potest". (Eine einmal erworbene Erbschaft kann nicht schlechthin wieder ausgeschlagen werden; s. §. 1494.) S. v. Löhr in Grolmans Magazin für die Philos. u. Gesch. des Rechts. Bd. II. S. 439. Hierauf gründet denn auch Ulpian den Satz, daß der curator furiosi die B. P. nicht repudiiren könne; L. 1. §. 5. D. *de successor. ed.* „Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, *quia necdum delata est*". Vgl. die Note 15.

18) So, um nur dies anzuführen, nimmt Papinian an, daß weder dem Furiosus noch dem infans (während des Wahnsinns oder der Dauer der infantia) die Fristen laufen; L. 1. D. *de B. P. fur. rel.* (XXXVII. 3.) Noch bestimmter Paulus in L. 3. D. *quis ordo in possessionib. servetur.* (XXXVIII. 15.) Das Gegentheil wird aber ausdrücklich behauptet von Ulpian in L. 7. §. 2. D. *de B. P.* und L. 1. §. 7. D. *de succ. ed.* (*verb.* Et quidem diebus finiri potest.) Eine Vereinigung versuchen Cujacius observ. Lib. XIX. c. 8. Merillii observ. Lib. V. c. 2. Frehse diss. cit. §. 19. p. 49. sqq. Rotermund diss. cit. §. 7. p. 24. sqq. Vgl. aber Fabricius Urspr. u. Entwickelung der B. P. S. 166. Not. 238.

Digitized by Google

die für ihn agnoscirte B. P. nicht agnosciren konnte, so mußte eine Ergänzung dieses Mangels durch das officium magistratus nothwendig, oder doch wenigstens sehr zweckmäßig erscheinen [19]). Dafür spricht denn auch die Bestimmtheit des Ausdruckes in den Stellen, welche ein Decret verlangen (wogegen die Stelle von Gajus doch wenigstens nicht ausdrücklich das Gegentheil sagt), insonderheit aber auch das Zeugniß Justinians, dessen Gesetz, da es zugleich eine wichtige Neuerung einführt, wir nunmehr etwas genauer betrachten müssen. Es ist die L. ult. (7.) C. *de curatore furiosi* (V. 70.), wovon aber nur Einiges hieher gehört. Zunächst der §. 3., welcher so lautet: „Sin autem exalia quacunque causa hereditas ad eum vel successio perveniat (d. h. wenn er nicht in der Eigenschaft eines suus heres erbt), tunc magna et inextricabilis vetustissimo juri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator ejus ad bonorum possessionem petendam admitti debeat? Et juris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. Nos itaque utramque auctorum aciem certo foedere compescentes sancimus, *furiosum* quidem *nullo modo posse vel hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere;* curatori autem ejus licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, *si utilem ei esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere,*

19) Frehse l. l. §. 19. p. 50. sqq. Einen anderen Grund giebt an Fabricius a. a. O. S. 163. — Vgl. auch die folg. Note.

Digitized by Google

quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere" u. s. w. Ferner bestimmt der §. 7.: wenn etwas an den Furiosus durch Beerbung, Legat oder Fideicommiß, oder aus irgend einem anderen Grunde gelangen sollte, so sey dies seinem Curator anzuvertrauen, welcher dasselbe aufzubewahren habe, damit es dem Furiosus, wenn er wieder genese und sich über die Annahme erkläre („si quidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit") überliefert werden könne. Hierauf fährt der Gesetzgeber (§. 8. und 9.) fort: „Sin autem in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio (eine Erbfolge) est — — referatur — — vel ad substitutum, vel ab intestato heredes, vel ad nostrum aerarium; eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores exsistant ei, ad cujus bona vocabuntur, si non in medio esset furiosus, omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris juris auctores induxerunt, radicitus excisa; legatis autem procul dubio et fideicommissis, ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis, et substantiae ejus aggregandis. Sin autem ipse resipuerit, et ea admittere noluerit, et aperte haec respuerit, vel heres ejus hoc fecerit, a substantia ejus illico separandis, quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta" —. Der Kaiser schafft also die Nothwendigkeit des Decrets ab, es erhält aber auch der Furiosus an der ihm deferirten Erbschaft kein festes und unwiderrufliches Recht durch diese bonorum possessio, sondern sie hat nur die Wirkung einer missio in

Digitized by Google

bona [20]). Stirbt er im Zustande des Wahnsinns, so wird nunmehr die Erbschaft dem zunächst Berufenen

20) Frehse diss. cit. §. 27. v. Löhr in Grolmans Magaz. für Philos. und Gesch. des Rechts. Bd. II. S. 450. u. Archiv für civilist. Pr. Bd. V. S. 117. fgg. Fabricius a. a. O. S. 167. — Gewährte denn vor Justinian die für den Furiosus angenommene B. P. ein feststehendes Successionsrecht? Dies läugnen natürlich diejenigen, welche das Wesen der decretalis B. P. gerade darin setzen, daß sie nur einen provisionellen Character habe, — daß sie nicht Erbrecht gewähre, sondern künftiges Erbrecht sichere, mit a. W. ihrem Wesen nach zu den missiones in bona gehöre; und dies war lange Zeit hindurch, wenn auch nicht die allgemein anerkannte, so doch die gewöhnliche Ansicht über die decretalis B. P. (Frehse diss. cit. §. 22. Koch Bon. Poss. §. 6. 7.) Hierauf gründete man denn auch die Behauptung (die denn auch von diesem Standpunct aus hinreichend gerechtfertigt erschien), daß noch nach dem neuesten und geltenden Recht zur Agnition der B. P. für den Furiosus ein decretum nothwendig sey; (Koch B. P. S. 93. fgg.) Indessen ist jene Ansicht der decretalis B. P. gewiß falsch, wie jetzt auch wohl Niemand mehr läugnet. (S. v. Löhr: Bonorum possessio decretalis, in Grolmans Magaz. Bd. II. S. 437. fgg. Fabricius a. a. O. S. 162. fgg.) In unserem Falle scheint gerade deshalb ein Decret erfordert worden zu seyn, damit für Jemanden, der nicht selbst consentiren konnte, eine wirksame B. P. möglich werde. Freilich wird die gewöhnliche Ansicht sehr dadurch unterstützt, daß schon in einer Pandektenstelle die mittelst Decrets für den furiosus erhaltene B. P. als bloße missio in bona bezeichnet und namentlich der B. P. des Tutor für einen infans, als einer eigentlichen oder erbrechtliche Succession verleihenden, entgegengesetzt wird. Höchstwahrscheinlich ist aber

(Substituten oder Intestaterben) und in deren Ermanglung dem Fiscus angeboten; ein Gleiches tritt ein, wenn er von seiner Geisteskrankheit genesen ist und die Erbschaft nicht haben will[21]). Seine Erben haben kein

diese Stelle nach Justinians Constitution interpolirt, wenngleich das wohl zugegeben werden darf, daß schon unter den röm. Juristen Manche der Meinung waren, daß die für einen Furiosus angenommene B. P. ihre volle Wirksamkeit erst durch seinen Consens erhalte, folglich wenn sein Zustand bis an seinen Tod der nämliche bleibe, die Erbschaft den nach ihm Berufenen anfalle, eine Meinung, die denn eben Justinian billigte. (S. Cropp in seinen und Heise's jurist. Abhandl. Bd. II. S. 170.) Wie dem aber auch sey, soviel ist gewiß, daß wenigstens in einer Pandektenstelle (die freilich ein Decret nicht erfordert, der L. 11. D. *de auct. tut.*) der von dem curator furiosi angenommenen B. P. die gewöhnliche Wirkung, nicht blos die einer missio in bona zugestanden wird (s. Fabricius a. a. O. S. 67. fg.), daß dagegen Justinian sie hierauf beschränkte und zugleich ein Decret für unnöthig erklärte. Letzteres ergiebt sich entschieden aus den Worten: der Curator solle die B. P. agnosciren, „quae *antea ex decreto dabatur*", die sich schwerlich (mit Koch a. a. O. S. 93. fg.) so verstehen lassen: der Curator solle die B. P. erhalten, die auch schon im alten Recht als decretalis B. P. gegeben wurde. Die Schlußworte des §. 3. i. „quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata sit, et ab eo introducta observatio, quae pro antiqua sufficit petitione") bestätigen nur den längst feststehenden und hieher eigentlich gar nicht gehörigen Satz, daß es überhaupt zur Agnition der B. P. der früheren Petitionsform nicht mehr bedürfe.

21) Gestritten wird darüber, ob die B. P. dadurch schon in ein unwiderrufliches Successionsrecht verwandelt wird,

Digitized by Google

Recht sich hierüber zu erklären, sondern werden durch die nach dem Wahnsinnigen Berufenen ausgeschlossen[22]). Man könnte verleitet werden, in den Worten des §. 9. Sin — ea admittere noluerit et aperte ea respuerit, *vel heres ejus hoc fecerit* — ein solches Recht der Erben zu finden. Indessen bezieht sich diese Aeußerung überall nicht auf den Erwerb von Erbschaften, sondern auf die Vermächtnisse, welche zwar ipso jure erworben

daß der Furiosus, nachdem er gesund geworden ist (und, wie sich von selbst versteht, von dem Geschehenen Kunde erhält) stirbt, ohne sich erklärt zu haben? Die (namentlich von Höpfner, Comment. §. 543. Nro. 3.) angenommene Meinung, daß die nicht abgelehnte B. P. unwiderruflich werde, scheint zwar die Worte des Gesetzes für sich zu haben (Sin — ad suam sanitatem perveniens eam *repudiaverit*" —), allein sie läßt sich gewiß nicht rechtfertigen. Denn wie will man den Zweifel lösen, welcher nothwendig darüber entstehen muß, ob der ehemalige furiosus die Sache nicht blos in Ueberlegung zog? Jedenfalls wird daher, um jene Wirkung mit dem bloßen Stillschweigen verknüpfen zu können, erfordert werden müssen, daß es unter solchen Umständen erfolgt sey, welche den Schluß rechtfertigen: qui tacet, quum loqui potuisset et debuisset, consentire videtur. Vgl. Mackeldey Lehrb. §. 684. Nro. 4. b. u. Note o., der neuesten Ausg. — Uebrigens bedarf es kaum einer Bemerkung darüber, daß die Annahme oder Ablehnung der Erbschaft auch während eines dilucidum intervallum wirksam erklärt werden kann; daß der Furiosus beim Tode wieder in Wahnsinn verfallen ist, hat darauf keinen Einfluß.

22) D. h. falls sie nicht nach allgemeinen Grundsätzen ein Transmissionsrecht haben. Vgl. Frenze diss. laud. §. 30. u. unten §. 1496.

Digitized by Google

und daraus denn auch auf die Erben des Vermächtnißnehmers transmittirt werden, allein eben deshalb auch wieder aufgegeben werden können, ehe man sie bestimmt anerkannt hat [23]). — Wer übrigens als der auf den Furiosus folgende nächste Intestaterbe anzusehen sey? ist in unserem Gesetz (§. 8.) deutlich so bestimmt, wie es die richtigen Grundsätze mit sich bringen [24]).

Daß dies Recht auch alsdenn eintritt, wenn dem Wahnsinnigen, der beim Tode des Vaters nicht mehr dessen Gewalt unterworfen war, die väterliche Erbschaft deferirt wird, darf nicht bezweifelt werden. Man hat zwar bisweilen das Gegentheil in der Bestimmung des §. 2. unseres Gesetzes finden wollen: „Sin vero furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est — dubitatio, quum — suus heres exsistat suis parentibus". Allein der Kaiser sagt ja ausdrücklich, daß er hier nichts Neues verordnen wolle und überdies ergiebt sich aus den Schlußworten deutlich, daß hier von einem Wahnsinnigen die Rede ist, welcher erst durch den Tod des Vaters sui juris wird [25]). — Von selbst versteht sich übrigens auch, daß das Recht, welches die Gesetze dem Vater in Beziehung auf die den Kindern angefallenen Erbschaften geben (s. oben Nr. b.), ihm auch alsdann zustehe, wenn das Kind wahnsinnig ist; hieraus folgt denn, daß Justinians Gesetz auf einen

23) L. 44. §. 1. D. *de legat.* I. Frehse l. l. §. 28. p. 70. v. Löhr Arch. für civ. Pr. Bd. V. S. 118. fg.

24) Frehse diss. cit. §. 31. p. 83. sq. (Vgl. oben Note 76. der vorigen Centurie.)

25) Frehse diss. cit. §. 28. p. 72. 73.

Digitized by Google

Fall dieser Art überall nicht zu beziehen ist, mithin dem wahnsinnigen Kinde durch den Vater die Erbschaft sofort vollständig erworben wird. Mit anderen Worten, es kommt hier die bekannte Regel zur Anwendung: in toto jure generi per speciem derogatur“ [26]).

In einer anderen Constitution verordnete Justinian, daß ein Erbschaftsfideicommiß dem curator furiosi und von demselben restituirt werden könne [27]). Nachdem zuerst bestimmt ist, daß der Tutor ein Erbschaftsfideicommiß für den pupillus infans annehmen könne, fährt der Gesetzgeber so fort: „Idemque juris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori ejus soli, nomine scilicet furiosi, celebretur. Quis enim sensus, quae vox certa furioso esse intelligitur, quum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem? Hoc eodem observando, et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt“. Ist

26) L. 80. D. *de reg. jur.* — *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VII. c. 9. §. 2. Frehse l. l. §. 40. 41. Schwerlich zu billigen dagegen ist die Anwendung, die Frehse (oder Becmann) von dem einem Vater zustehenden Recht, die dem Kinde deferirte Erbschaft in gewissen Fällen für sich zu erwerben macht: wenn der in väterlicher Gewalt befindliche Furiosus im Zustande des Wahnsinns stirbt, so dürfe der Vater die Erbschaft für sich selber antreten; (diss. cit. §. 32. p. 86.) Es widerstreitet dies den bekanntesten Grundsätzen über Anwendung singulärer Rechtssätze, wohin doch das dem Vater gestattete Erwerbsrecht unstreitig gehört. S. Koch bonorum possessio §. 7. S. 95. sqq. und Weber zu Höpfner §. 543. Note 8.

27) L. 7. pr. C. *ad Sct. Treb.* (VI. 49.)

Digitized by Google

nun hierauf ebenfalls die Regel anwendbar: generi per speciem derogatur, oder muß diese Constitution durch die obige modifizirt werden[28])? Nimmt man ersteres an, so würde auch die Anordnung von Erbschaftsfideicommissen nicht unter den Grundsätzen der L. ult. C. *de curatore furiosi* stehen: der Wahnsinnige als Fiduciarius würde durch seinen Curator die Erbschaft definitiv erwerben und restituiren, als Fideicommissar durch die Restitution ein festes Recht an derselben erhalten. Im entgegengesetzten Fall würde sich bei consequenter Behandlung der Sache folgendes Resultat herausstellen: da der Furiosus nur einen interimistischen Erbschaftsbesitz erhalten soll, so kann er entweder noch gar nicht, oder ebenfalls nur vorläufig restituiren; eben so wenig aber kann er durch die Restitution sofort und vollständig erwerben, indem die Annahme eines Erbschaftsfideicommisses im Wesentlichen die Wirkung einer Universalsuccession hat[29]).

Zuvörderst ist hierbei zu beachten, daß beide Constitutionen aus dem Jahre 530. sind, also vor Anfertigung der Digesten erlassen wurden und zwar die L. 70. C.

28) Eine sehr ausführliche Erörterung hierüber findet sich bei Frehse (oder Becmann (diss. cit. §. 33—39.). Leider gieng der sonst so gründliche Verfasser hierbei von der unrichtigen Ansicht aus, die decretalis B. P. des furiosus, wovon in den Pandekten die Rede ist, sey stets nur eine missio in bona (oder wie der Verf. sich ausdrückt, eine provisionalis B. P.)

29) L. 38. D. *ad Sct. Trebell.* „non enim solutio est (bloße Erfüllung einer Obligation) hereditatis restitutio, sed *et successio*, quum obligetur (nämlich den Erbschaftsgläubigern u. s. w.); §. 6. 7. J. *de fideicommissar. hereditat.*

Digitized by Google

de curat. fur. am 1. Sptbr., die L. 7. C. *ad Sct. Treb.* am 23. Oct. 530. Ueber das Verhältniß des furiosus nun als Fiduciar haben wir folgende Aeußerung in den Digesten: „Quum heres instituta furiosa hereditatem esset rogata restituere, curatorem ejus secundum tabulas bonorum possessione accepta posse transferre actiones D. Pius decrevit“[30]). Frehse versteht die Stelle von einer völlig wirksamen Restitution des Erbschaftsfideicommisses[31]), wie sie denn in der That auch nicht anders zu verstehen ist. Da nun aber nach seiner Ansicht von der decretalis B. P. die für den furiosus angenommene bonorum possessio keine eigentliche erbschaftliche Succession begründete (s. Note 27.), so gründet er das Restitutionsrecht lediglich darauf, daß der missus in bona hereditaria je die erbschaftlichen Forderungsrechte habe ausüben, folglich auch restituiren können. Indessen die Befugniß des Immittirten oder seines Curators, die erbschaftlichen Rechte auszuüben, ist eigentlich nur die Folge seiner Verbindlichkeit, für die Erhaltung des Vermögens Sorge zu tragen, beschränkt sich also im Wesentlichen auf solche Handlungen, wie der Zweck der Erhaltung sie erfordert[32]). Es ist aber auch in sich widersprechend, daß Jemand als heres eine Erbschaft soll definitiv restituiren dürfen, der selbst

30) L. 35. D. *ad Sct. Treb.*

31) Diss. laud. §. 35.

32) L. 1. §. 21. D. *de ventre in possess. mittendo.* (XXXVII. 9.) Das Recht, die Alimente aus dem Vermögen zu beziehen, (L. 1. §. 19. *eod.*) kann natürlich für die hier zur Entscheidung stehende Frage überall nicht in Betracht kommen. Vgl. auch unten den Text zu den Noten 39. 40.

Digitized by Google

noch kein Recht an derselben hat. Da mithin die Pandektenstelle die Restitution geschehen läßt und zu einer Zeit aufgenommen ist, wo Justinians Gesetz bereits existirte, so darf auch wohl angenommen werden, daß dies eben so zu verstehen sey. — In Beziehung auf den Furiosus als Fideicommissar nimmt Fr ehfe an: die Restitution an den Curator habe, wie die Annahme einer direct demselben angefallenen Erbschaft, nur provisionelle Wirkung, der Fideicommissar könne also nach seiner Genesung erklären, ob er das Vermögen behalten wolle, oder nicht; sterbe er in dem Zustande des Wahnsinns, so transmittire er das Recht, sich über die Annahme zu erklären, auf seine Erben[33]). Dies besteht nun allerdings sehr wohl mit der Voraussetzung, daß für den Furiosus selber der Erwerb nur ein provisioneller sey. Denn ein Anderes ist die Transmission von Vermächtnissen, welche erfolgt, sobald das Recht zu erwerben eingetreten ist (simul atque dies legati vel fideicommissi cessit), was für Universalvermächtnisse eben sowohl gilt, als für Singularvermächtnisse[34]). — Soll indessen die Antretung einer zu restituirenden Erbschaft definitiv gelten, so erfordert die Consequenz, ein Gleiches auch für die Annahme eines Erbschaftsfideicommisses gelten zu lassen, zumal da beide Fälle in demselben Gesetz normirt sind. Dies Gesetz hat nicht nur ein Verhältniß zum Gegenstande, wovon das früher erlassene überall nicht handelt, sondern es ist auch das neuere. Wir müssen es daher so verstehen, wie es sich giebt und sind

33) Diss. cit. §. 37—39.

34) L. 25. pr. D. ad Sct. Trebell. — Arnoldus interpr. jur. Lib. IV. c. 6—8.

Digitized by Google

keineswegs berechtigt, den allgemeinen Ausdruck deſſelben auf eine Art zu beſchränken, wodurch die geſetzliche Dispoſition eine Bedeutung erhält, welche von den ſonſt anerkannten Wirkungen der Reſtitution eines Erbſchaftsfideicommiſſes ſo weſentlich abweicht. Auch fehlt es nicht an Gründen, wodurch es erklärt wird, daß Juſtinian dieſen Fall nicht nach den von ihm in der L. 7. C. *de cur. fur.* aufgeſtellten Grundſätzen behandelt wiſſen wollte. Zwar iſt dafür die Bemerkung nicht anzuſehen, daß das Geſetz hier ſchon hinreichende Sicherheit gewähre [35]). Dieſe Bemerkung betrifft nur das Recht deſſen, welcher dem Vormund eines Unmündigen oder Wahnſinnigen ein Erbſchaftsfideicommiß reſtituirt. Soweit nämlich der Fiduciar reſtituirt, iſt er allerdings durch das Geſetz geſichert, indem die erbſchaftlichen Verbindlichkeiten für den reſtituirten Theil auf den Fideicommiſſar übergehen. Dies paßt allerdings nicht auf den Unmündigen oder Wahnſinnigen, dem ohne ſeinen Willen eine zu reſtituirende Erbſchaft oder ein Erbſchaftsfideicommiß erworben wird. Denn als Fiduciar bleibt er Erbe für den Theil, den er nicht reſtituirt (alſo regelmäßig für den vierten Theil), als Fideicommiſſar wird er es für den Theil, der ihm reſtituirt wird. Wahrſcheinlich wurde aber Juſtinian zu ſeiner Dispoſition dadurch motivirt: es ſey offenbar gegen die Abſicht des Erblaſſers, daß die Wirkung einer fideicommiſſariſchen Anordnung bis zur Wiedergeneſung oder bis zum Tode des Wahnſinnigen ſuspendirt bleibe. Nur eine Beſtimmung des früheren

35) „Quis enim sensus, quae vox certa furioso esse intelligitur, quum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem“? (L. 7. C. *ad Sct. Treb.*)

Digitized by Google

Gesetzes scheint hier angewandt werden zu können, die nämlich, daß Legate und Fideicommisse zwar sofort dem Wahnsinnigen erworben werden, er und seine Erben aber berechtigt sind, sich davon wieder loszusagen [36]). Indessen beruht diese Bestimmung darauf, daß der Erwerb solcher Vermächtnisse ipso jure erfolgt (Note 23), dies aber beschränkt sich auf Singularvermächtnisse. Gegen etwaige Nachtheile der Uebernahme einer zu restituirenden Erbschaft oder eines Erbschaftsfideicommisses findet daher (außer der tutelae actio utilis) nur Restitution Statt.

Also die Verordnung Justinians, mit der wir es hier hauptsächlich zu thun hatten (L. 7. §. 3. 8. 9. C. *de cur. fur.*) gilt ihrem ganzen Inhalte nach nur für den Fall, wenn dem Wahnsinnigen direct eine Erbschaft deferirt ist. Die fortwährende practische Giltigkeit dieser Verordnung nun wird von angesehenen Juristen bezeugt [37]). Allein den Rechten der Vermächtnißnehmer und der Gläubiger des Erblassers kann dies nicht nachtheilig seyn. Erstere erhalten ihre Vermächtnisse gegen eine cautio de restituendo für den Fall, daß die Erbschaft an andere Personen kommen werde, und zwar an solche, welche zur Zahlung der Vermächtnisse nicht verpflichtet sind [38]). Auch die Gläubiger sind nicht genöthigt es abzuwarten, ob die provisionelle B. P. sich in ein bleibendes Erbrecht ver-

36) L. 7. §. 8. in f. C. *de cur. fur.*

37) S. Cropp a. a. O. S. 173. und die daselbst Note 50. angef. Schr. — Auf eine höchst seltsame Weise sucht die Nichtanwendbarkeit zu demonstriren Rotermund Diss. cit. §. 14., wobei er sich denn auf Rechtslehrer beruft, die keineswegs diese Ansicht mit ihm theilen. S. dagegen Wächter in der angef. Rec. S. 178—181.

38) arg. L. 48. §. 1. D. *de legat.* II.

Digitized by Google

wandeln oder die Erbschaft an Andere kommen werde; hier, wie in anderen Fällen, können sie nicht nur Maaßregeln zu ihrer Sicherheit ergreifen, sondern auch ihre Befriedigung bei dem Inhaber der Masse nachsuchen. Was darüber bei Gelegenheit der Fälle, wenn sonst eine interimistische B. P. ertheilt ist, oder die Gläubiger den Erben zur Erklärung drängen, bereits gesagt ist[39]), ist auch hier anzuwenden und bedarf daher keiner Wiederholung. Daß der curator furiosi unter denselben Beschränkungen Veräußerungen vornehmen dürfe und überhaupt zu den Handlungen befugt sey, welche einem curator bonorum oder hereditatis gestattet sind[40]), leidet keinen Zweifel. Es kann vielleicht gefragt werden, ob er nicht ermächtigt sey, gleich einem Benefizialerben die erweislichen Schulden soweit die Masse reicht zu berichtigen? Wenigstens ist ihm die Anfertigung eines Inventars auch in Beziehung auf die dem Curanden angefallenen Erbschaften zur Pflicht gemacht[41]); indessen sieht man bald, daß dabei nur der Gesichtspunct eines über das Vermögen des Curanden anzufertigenden Inventars zu Grunde liegt. Zweckmäßig wäre es freilich, dem Curator ein solches Recht zu gestatten, indem daraus ja immer noch nicht folgt, daß dadurch der Curande die

39) Vgl. Bd. 41. d. Comment. §. 1461. S. 192. Nr. b. §. 1466. S. 284—294.

40) Vgl. L. 7. pr. D. *de jure deliberandi.* (XXVIII. 7.) L. 23. §. 2. in f. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.)

41) L. 7. §. 7. C. *de cur. furiosi* — „si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione, vel legato vel fideicommisso — — ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his omnibus rebus faciendo“ u. s. w.

Digitized by Google

Eigenschaft eines Benefizialerben erhalte. Noch angemessener würde es indessen seyn, wenn (wie dies auch in Particularrechten bestimmt ist[42]) —) dem Curator die Antretung der Erbschaft sub beneficio legis et inventarii zur Pflicht gemacht wäre[43]), wie auch wohl geschehen seyn möchte, wenn das Gesetz Justinians über das beneficium inventarii (L. ult. C. *de jure deliberandi*) bereits zur Zeit der Erlassung von L. ult. C. *de cur. fur.* vorhanden gewesen wäre. Denn jedenfalls können sehr bedenkliche Collisionen daraus entstehen, daß der Furiosus sich nicht als Erbe mit den Gläubigern einlassen darf und diese doch auf Realisirung ihrer Forderungen bestehen können!

Zum Beschlusse dieser Erörterung mag hier noch des Zusammenhangs wegen eine kurze Erörterung der Frage stehen: ob der Curator eines Verschollenen Namens desselben eine Erbschaft antreten kann? Diese Frage ist, nebst der ganzen Lehre von Erbschaften für Verschollene, sehr gründlich von Cropp behandelt[44]), dessen Darstellung wir hier im Ganzen folgen dürfen. — Zuvörderst muß feststehen, daß der Verschollene zur Zeit des Anfalls der Erbschaft noch gelebt habe. Es darf aber daraus, daß der Verschollene nach gesetzlichen Bestimmungen oder richterlichen Erkenntnissen mit dem Eintritt eines bestimmten Moments für todt zu halten ist, noch keineswegs gefolgert werden: es steht also juristisch fest, daß er bis dahin gelebt habe. Blos logische Regeln können

42) S. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 18. §. 644.

43) Freilich scheint Cropp a. a. O. §. 15. das zu bezweifeln, doch führt er keine Gründe dafür an.

44) In den angeführten Abhandl. Bd. II. Nr. V.

Digitized by Google

hier nichts entscheiden, sondern es kommen dabei der rechtliche Zweck solcher Bestimmungen, so wie die besonderen juristischen Voraussetzungen eines zu beweisenden Satzes in Betracht. Jener Zweck besteht darin, daß der Ungewißheit ein Ende gemacht werde, wie es mit den Vermögensrechten des Verschollenen zu halten sey, die nothwendige Voraussetzung eines Erbrechts aber ist, daß der Erbe den zu Beerbenden überlebt habe; dies also muß feststehen. Nur dann würde der Schluß für das Fortbestehen des Lebens auch juristisch begründet seyn, wenn in Particularrechten ausdrücklich bestimmt ist, daß die Fortdauer des Lebens bis zu einem gewissen Zeitpunct anzunehmen sey[45]). Doch kommt alsdann weiter die Frage in Betracht, ob denn auch die Erbschaft wirklich erworben sey? Diese Frage ist in dem Fall freilich zu bejahen, wenn der Erwerb ipso jure erfolgt, und dem practischen Effect nach tritt dasselbe Resultat ein, wenn anerkannt ist, daß das bloße Ueberleben genüge, um die Erbschaft auf die Erbeserben zu transmittiren[46]). In den Fällen dagegen, wo es zum Erwerb oder zur Transmission der Erbschaft einer Antretung bedarf, genügt der Beweis oder die Präsumtion des Ueberlebens allein noch nicht, um den Erben des Verschollenen vor den mit oder nach ihm Berufenen den Vorzug zu geben, vielmehr werden diese durch jene ausgeschlossen. Zwar nimmt man bisweilen wohl an, es könne die Erbschaftsantretung durch einen Stellvertreter des Verschollenen er-

45) Beispiele solcher particularrechtlichen Bestimmungen finden sich bei Cropp a. a. O. S. 147. Note 8.

46) M. s. hierüber die Lehre von dem Transmissionsrecht §. 1497., das übrigens durch Particularrechte häufig bedeutend erweitert ist. Vgl. §. 1497.

Digitized by Google

folgen, namentlich durch den curator absentis, ja Manche gehen soweit, zu behaupten, daß wenn ein Curator nicht bestellt sey oder die Antretung versäumt habe, dennoch die Erben des Verschollenen auf den Grund der s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis antreten dürften[47]). Diese Behauptung beruht ganz offenbar auf einer durch nichts zu rechtfertigenden Ausdehnung jenes Transmissionsgrundes. Allein es ist auch überhaupt die Idee zu verwerfen, daß die einem Verschollenen deferirten Erbschaften durch Stellvertreter erworben werden können. Allerdings läßt das röm. Recht die Agnition einer bonorum possessio durch Stellvertreter zu und daß dies nach dem geltenden Recht (zum Theil schon nach dem röm. Recht) die Bedeutung einer hereditatis aditio habe, läßt sich nicht läugnen (s. §. 1491. a. E.). Indessen ist in der Regel dazu ein Auftrag oder Genehmigung des Vertretenen erforderlich; die Ausnahmen sind auf unseren Fall nicht anwendbar.

Setzen wir also den Fall, der Stellvertreter sey ein Bevollmächtigter des Verschollenen. Lautete der Auftrag auf die Annahme einer bereits deferirten Erbschaft, so gehört dieser Fall gar nicht hieher, indem nur die Rede ist von der einem Verschollenen angefallenen Erbschaft, mithin vorausgesetzt wird, daß der Anfall zu einer Zeit erfolgte, wo von dem Aufenthaltsorte, dem Leben oder Tod des Menschen keine sichere Kunde vorhanden war. Dies also vorausgesetzt, müßte der Auftrag entweder ganz allgemein, oder auf die Uebernahme der Erbschaft einer jetzt noch lebenden Person gerichtet seyn; beides

47) L. A. Haase über Ediktalladungen und Edictalprozeß (Leipz. 1817.) Cap. 10. §. 11. S. 135. Note 103.

Digitized by Google

aber ist unzulässig [48]). Der obrigkeitlich bestellte Vormund eines Unmündigen oder Minderjährigen kann zwar die Erbschaft für den Pflegbefohlnen antreten [49]), allein die cura absentis ist eine bloße cura bonorum, zunächst und hauptsächlich auf Erhaltung des vorhandenen Vermögens gerichtet [50]). Aber wäre damit auch vollkommen freie Administration verbunden, so ergiebt doch die Natur der Sache, daß darin nicht auch die Befugniß liegen könne, für den abwesenden Inhaber dieses Vermögens Erbschaften anzutreten. Daß das heutige Recht einen anderen Gesichtspunct für die cura absentis aufstelle, läßt sich im Allgemeinen gewiß nicht behaupten [51]). Doch gestatten Particularrechte dem Curator eines Verschollenen die Annahme von Erbschaften [52]). Auch läßt

48) Arg. L. 25. §. 5. 6. D. *h. t.* „Sed utrum generaliter: *quaecunque tibi hereditas fuerit delata*, an specialiter? Et magis placet, ut Cajus Cassius scribit, *specialiter debere mandare.* — An *nominatim de vivi hereditate* mandari possit? quaeritur. Sed ego *non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur*“ —. S. auch L. 19. D. *h. t.* und oben Nr. I. 2.

49) S. oben Nr. a. a. E. zu den Noten 1—3.

50) L. 15. pr. in f. D. *ex quib. caus. majores in int. restit.* (IV. 6.) L. 6. §. 4. in f. D. *de tut.* (XXVI. 1.) L. 48. D. *de adm. tut.* (XXVI. 7.) L. 22. §. 1. D. *de reb. auctor. jud. possid.* (XLII. 5.) L. 1. §. 4. D. *de numerib.* (L. 4.) L. 3. C. *de postlimin. revers.* (VIII. 51.)— Rudorff das Recht der Vormundschaft. Bd. I. §. 19. 20.

51) Cropp a. a. O. §. 14. Note 48.

52) Preuß. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 468. 469. Cropp a. a. O. S. 173. Note 51.

Digitized by Google

sich das allenfalls aus allgemeinen Grundsätzen vertheidigen, daß der Curator eines Verschollenen einstweilen die dem Verschollenen angefallenen Erbschaften in Besitz und Verwaltung nehmen darf. Bedenklich ist es indessen, dafür die Analogie der cura furiosi eintreten zu lassen, mithin die Besitznahme bis dahin zu gestatten, wo es klar wird, ob der Verschollene nicht etwa noch zurückkehrt und den Nachlaß erwirbt [52]). Denn offenbar hat Justinian für den Furiosus ein besonderes, nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen abzuleitendes Recht angeordnet. Ueberdies werden die cura furiosi und absentis einander ihrem Zwecke wie ihrer rechtlichen Bedeutung nach entgegengesetzt [54]). Passender scheint es daher, den Verschollenen, wie andere auswärtige oder unbekannte Erbinteressenten edictaliter vorzuladen und ihn im Nichterscheinungsfall der allgemeinen Präclusion zu unterwerfen [55]).

53) Von diesem Gesichtspunct geht Cropp aus a. a. O. S. 171. Was die von ihm in Bezug genommene Vergleichung des Furiosus mit dem absens anbetrifft, so sagt die erste der von ihm angeführten Stellen (L. 2. §. 3. D. *de jure codicillar.* (XXIX. 7.) nur, der Furiosus könne nicht mehr handeln, wie einer der gar nicht gegenwärtig sey, oder schlafe, die zweite (L. 124. §. 1. D. *de reg. jur.*) aber gesteht dem Furiosus nur das Recht der integri restitutio gleich einem Abwesenden zu.

54) L. 48. D. *de administr. tutor.* stellt den curator absentis neben dem cur. ventris, als solche, denen „sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur", dem curator furiosi, prodigi und pupilli entgegen, welchen die plena rerum administratio anvertraut sey, entgegen.

55) Auch von Glück ist unsere Frage bereits berührt, näm-

Digitized by Google

Anbelangend

II) die Handlung der Erbschaftsantretung selbst, so ist in dieser Hinsicht auf §. 1491. zu verweisen und blos in der Kürze zu wiederholen, daß sie entweder durch ausdrückliche Willenserklärung geschehen kann (vorzugsweise hereditatis aditio genannt), oder durch Handlungen und Aeußerungen, woraus nur auf die Absicht Erbe werden zu wollen geschlossen werden darf[56]). Die pro herede gestio des voluntarius heres fällt mit der immixtio des suus heres zusammen, sowohl was die Art und Beschaffenheit der Handlungen, woraus der Wille, die Erbschaft haben zu wollen, sich ableiten läßt, anbetrifft[57]), als auch die Wirkung, daß nämlich der sich immiscirende suus in der Regel nicht mehr abstiniren, der voluntarius heres in der Regel nicht mehr repudiiren darf. Es kann daher hier darauf verwiesen werden, was eben über Einmischungshandlungen und die Möglichkeit, deren Wirkungen durch Protestation zu verhindern, gesagt wurde (S. 327. fgg.). Auch die Frage ist bereits erörtert: ob darin eine pro herede gestio liegt, wenn der Erbe, ohne zu erklären, daß er die Erbschaft haben wolle, ein Inventar errichtet[58]). Hier bleibt also nur Folgendes noch zu bemerken übrig:

lich im 33. Bande des Comment. §. 1397. c. S. 291. fgg. Note 96. Nr. 2. Indessen ist die dort sich findende Erörterung weder vollständig noch durchgehends richtig, wenngleich einige der Grundsätze, worauf die obige Beantwortung beruht, ausdrücklich gebilligt werden.

56) §. 7. J. h. t.

57) L. 20. D. h. t.

58) S. Bd. 41. d. Comment. §. 1469. S. 401—404. Vgl. ebendas. §. 1468. S. 355. Note 62. S. 361. fg.

Digitized by Google

1) Die Erbschaftsantretung muß freiwillig geschehen. Gegen eine erzwungene Antretung kann man sich restituiren lassen, ipso jure wird man also Erbe und bleibt es, wenn man nicht binnen dem annus utilis (oder nach neuerem Recht, dem quadriennium continuum) dagegen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand impetrirt: „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset voluissem, tamen coactus volui: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi facultas tribuatur“ [59]). Ueber die Vereinigung dieser Stelle mit einer anderen wird gestritten. Diese lautet so: „Celsus — — scripsit: eum qui metu verborum vel aliquo timore coactus *fallens* adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere“ [60]). Nach einer Erklärung sagt die Stelle eben nichts Anderes, wie die obige: die erzwungene Antretung ist Kraft des Rechts, sich dagegen restituiren zu lassen, unwirksam [61]). Indessen sagt der Jurist sehr bestimmt: heredem non fieri, d. h. er wird überall nicht Erbe, — die Antretung ist ipso jure null und nichtig. Den meisten Beifall hat daher von jeher die Erklärung gefunden, daß die letzte Stelle von einer simulirten Antretung zu verstehen sey. Darum heißt es: vel — *fallens* [62]) adierit. Also:

59) L. 21. §. 5. D. *quod met. causa.* (IV. 2.) Uebereinstimmend ist L. 85. D. *h. t.*

60) L. 6. §. 7. D. *h. t.*

61) Dompierre de Jonquieres de rest. in integr. p. 71. sq. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. III. Abth. 2. S. 382. a. E. fg.

62) Ohne Grund verwirft diesen Ausdruck Bachofen und

Digitized by Google

wer gezwungen sich entschließt Erbe zu werden, muß Restitution nachsuchen, wer dagegen die Antretung nur simulirt und auf diese Weise den Zwingenden täuscht, ist auch nach der Strenge des Rechts nicht Erbe geworden, da eine nur zum Schein vorgenommene Handlung ohne Wirkung ist. Unterstützt wird diese Erklärung auch noch durch den in der ersten Stelle angeführten Grund: tamen coactus volui, d. h. ich würde zwar freiwillig mich dazu nicht entschlossen haben, nun aber habe ich es, wenngleich gezwungen[63]). — Ist die Erbschaftsantretung durch Hinterlist bewirkt, so wird der Betrogene direct nicht restituirt, sondern es findet nur gegen den Betrüger die doli actio oder exceptio (z. B. wenn er als Gläubiger klagt) Statt[64]). Daß man sich sonst irrte (z. B. über die Solvenz der Erbschaft) begründet für den Irrenden weder einen Anspruch gegen Dritte, noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[65]). In welchen Fällen Irrthum, Nichtwissen oder Zweifel über das Recht, oder über einen rechtlichen Zustand den Erwerb hindern, ist bereits oben ausgeführt[66]).

substituirt dafür *pallens*; s. dagegen die in der folgenden Note anzuführenden Schriften.

63) *Scip.* Gentilis Parergor. Lib. I. c. 6. (bei Otto Thes. T. IV. p. 1279.) *J. G.* Marckart interpr. receptar. jur. civil. lection. Lib. II. c. 13. p. 252. sqq. Schulting ad Prota Pandect. Lib. IV. Tit. 2. §. 6. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 366. fg.

64) L. 40. D. *de dolo malo.* (IV. 3.)

65) arg. L. 8. pr. D. *h. t.* — „hereditas, quin obliget nos aeri alieno, *etiamsi non sit solvendo*, plus quam manifestum est".

66) S. Nr. I. 2. dieses §. Vgl. L. 34. pr. L. 96. D. *h. t.*

Digitized by Google

2) Die Antretung muß so geschehen, wie die Erbschaft deferirt ist. Also a) vollständig, oder auf Alles, wozu man durch das Gesetz oder Testament berufen ist. Selbst wenn man an verschiedenen Stellen des Testaments zu verschiedenen Theilen, oder unter verschiedenen Modalitäten berufen ist, darf man die Antretung nicht auf einen Theil beschränken[67]). Und da das Anwachsungsrecht mit Nothwendigkeit wirkt, darf der Erbe die Antretung nicht einmal auf seinen eignen Theil ausdrücklich beschränken[68]). Wer ohne über den deferirten Theil im Irrthume zu seyn nur für einen Theil antritt, ist Erbe des Ganzen geworden, wozu er berufen wurde: „Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse“[69]). — b) Die Antretung darf nicht bedingt geschehen, oder unter einer Zeitbestimmung[70]), mit anderen Worten, es darf weder ihr Anfang noch ihre Dauer von einer Bedingung oder von einer Zeitbestimmung abhängig gemacht werden. Eine fehlerhafte Antretung dieser Art ist gar keine, oder durchaus wirkungslos. „Sed et si quis (sagt Africanus) ita dixerit: *si solvendo hereditas est, adeo hereditatem*, nulla aditio est“[71]). Daß nun eine Erbschaft nicht unter Hinzufügung einer Resolutivbedingung oder eines dies (a quo oder ad quem) geschehen dürfe, ist überall nicht bestritten. Denn die Verwirrungen, die hieraus nothwendig entstehen müssen,

67) L. 1. 2. L. 80. pr. D. *h. t.* L. 20. C. *de jure delib.*

68) arg. L. 38. L. 53. §. 1. D. *h. t.*

69) L. 10. D. *h. t.* L. 80. §. 1. *eod.*

70) L. 77. D. *de regul. jur.*

71) L. 51. §. 2. D *h. t.*

Digitized by Google

sind zu augenfällig, als daß sie verkannt werden konnten; auch standen der Regel hier die Grundsätze einer unzulässigen Erbeinsetzung unter einer Resolutivbedingung oder eines dies zur Seite[72]). Dagegen wollen Manche die Antretung unter einer Suspensivbedingung zulassen. Die in L. 77. vorgetragene Regel, meinen sie, hänge mit der alten solennen Antretung durch cretio zusammen, falle also mit dem Verschwinden dieser Form von selbst weg[73]). Allein abgesehen davon, daß dieser Grund zuviel beweisen würde, indem daraus auch die Zulässigkeit der Antretung unter einer Zeitbestimmung folgen würde, so ist er auch sonst leicht zu widerlegen. Erbschaftsantretung ist eine Handlung, die einen festen und bestimmten Willen voraussetzt; eine so schwankende und unbestimmte Erklärung, wie eine bedingte Antretung, ist also so gut, wie gar keine[74]), sie erzeugt einen Zustand der Ungewißheit, dem Gläubiger und Vermächtnißnehmer sich zu unterwerfen nicht genöthigt werden können. Höchst seltsam ist es, wenn die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht meinen, im Grunde sey ja die Antretung der Erbschaft cum beneficio legis et inventarii eine Antretung unter der Bedingung: si solvendo hereditas erit. Der Benefizialerbe haftet zwar nicht über den Bestand der Ac-

72) S. Bd. 40. d. Comment. §. 1441. S. 188—193.

73) So namentlich Struv Usus modern. Pand. h. t. §. 8. Leyser medit. ad Pand. Sp. 370. med. 9.

74) S. insonderheit *Jac.* Gothofredus ad L. 77. D. de regul. jur., opp. min. p. 941. Nr. 3. Mit Recht bringt er unsere Regel in Verbindung mit der voraufgehenden (L. 76. de regul. jur.): „Omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt".

Digitized by Google

tivmasse, aber er wird durch die Antretung Erbe und bleibt es auch [75]). Aus diesen Gründen haben sich denn auch von jeher die meisten Stimmen für die practische Anwendbarkeit der Regel erklärt [76]).

75) S. *M. G.* Wernher lectiss. comment. ad Pand. tit. de jur. delibor. §. 9. Müller ad Leyser. obs. 573.

76) Außer den bereits genannten Schriftstellern s. Höpfner im Comment. §. 545. und die daselbst angef. Schr., auch die neueren Lehrbücher.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google